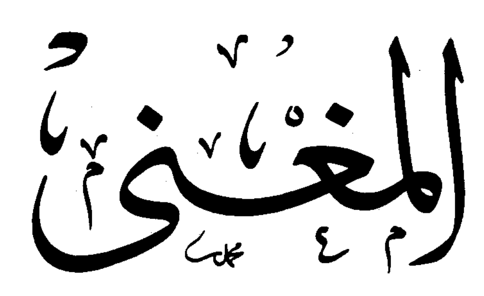


المغني

لمُوَفَّق الدين أبي محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قُدامة
المقْدسيّ الجَمَّاعِيليّ الدِّمَشْقيّ الصَّالِحيّ الحَنْبَلِيّ
٥٤١-٦٢٠ هـ

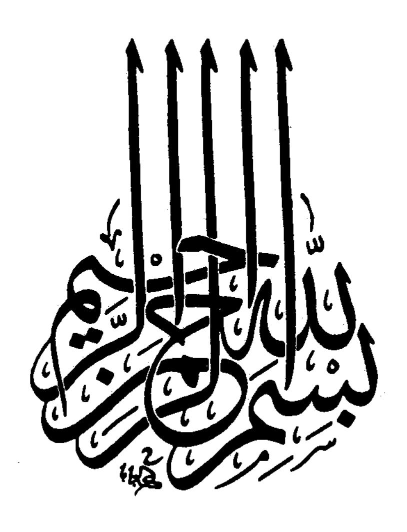
تحقيق

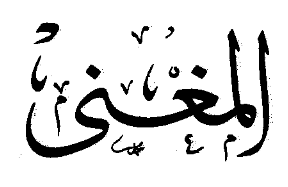
الدكتور
عبد الله بن عبد المحسن التركي

الدكتور
عبد الفتاح محمد الحلو

الجزء العاشر

دار عالم الكتب
للطباعة والنشر والتوزيع
الرياض





١٥

الطبعة الأولى

١٤٠٦ هـ = ١٩٨٦ م

الطبعة الثانية

١٤١٢ هـ = ١٩٩٢ م

الطبعة الثالثة

١٤١٧ هـ = ١٩٩٧ م

مصححة ، منقحة



دار عالم الكتب
للطباعة والنشر والتوزيع

العليا - غرب مؤسسة التحلية - ت : ٤٦٥١٦٨٩ / ٤٦٣١٧٢٢
ص . ب . ٦٤٦٠ - الرياض ١١٤٤٢ - تلفاكس : ٤٦٣١٣٣٦
المملكة العربية السعودية

بسم الله الرحمن الرحيم

باب نِكاحِ أهْلِ الشِّرْكِ

أنْكِحَةُ الكُفَّارِ صحيحةٌ ، يُقَرُّونَ عليها إذا أسْلَمُوا أو تَحاكَمُوا إلينا ، إذا كانت المرأةُ ممَّن يجوزُ ابْتداءُ نِكاحِها فى الحالِ ، ولا يُنْظَرُ إلى[1] صِفَةِ عَقْدِهِم وكَيْفِيَّتِه ، ولا يُعْتَبَرُ له شروطُ أنْكِحَةِ المسلمينَ ، من الوَلِىِّ ، والشُّهودِ ، وصِيغةِ الإيجابِ والقَبُولِ ، وأشْباهِ ذلك . بلا خِلافٍ بين المسلمينَ . قال ابنُ عبدِ البَرِّ : أجْمَعَ العلماءُ على أنَّ الزَّوْجَيْنِ إذا أسْلَما معًا ، فى حالٍ واحدةٍ ، أنَّ لهما المُقامَ على نِكاحِهما[2] ، ما لم يَكُنْ بينهما نَسَبٌ ولا رَضاعٌ . وقد أسْلَمَ خَلْقٌ فى عَهْدِ رسولِ الله ﷺ ، وأسْلَم نِساؤُهم ، وأُقِرُّوا على أنْكِحَتِهِم ، ولم يَسْأَلْهُمْ رسولُ الله ﷺ عن شُروطِ النكاحِ ، ولا كَيْفِيَّتِه ، وهذا أمْرٌ عُلِمَ بالتَّواتُرِ والضَّرُورةِ ، فكان يَقِينًا ، ولكن يُنْظَرُ فى الحالِ ، فإن[3] كانت المرأةُ على صِفَةٍ يجوزُ له ابْتداءُ نِكاحِها ، أُقِرَّ ، وإن كانتْ ممَّن لا يجوزُ ابْتِداءُ نِكاحِها ، كأحَدِ المُحَرَّماتِ بالنَّسَبِ أو السَّبَبِ ، أو المُعْتَدَّةِ[4] ، والمُرْتَدَّةِ ، والوَثَنِيَّةِ ، والمَجُوسِيَّةِ ، والمُطَلَّقَةِ ثلاثًا ، لم يُقَرَّا[5] . وإن تزَوَّجَها فى العِدَّةِ ، وأسْلَما بعدَ انْقِضائِها ، أُقِرَّا[6] ؛ لأنَّها يجوزُ ابْتِداءُ نِكاحِها .

١١٦٦ ـ مسألة ؛ قال أبو القاسمِ : (**وَإذَا أسْلَمَ الْوَثَنِىُّ ، وقَدْ تزَوَّجَ بأرْبَعِ وَثَنِيَّاتٍ ، ولَمْ يَدْخُلْ بِهِنَّ ، /بِنَّ مِنْهُ ، وكَانَ لِكُلِّ وَاحِدَةٍ نِصْفُ مَا سَمَّى لَهَا إنْ كَانَ** ٧/٧٤ظ

---

(١) سقط من : م .
(٢) فى م : « نكاحها » .
(٣) فى م : « فإذا » .
(٤) فى الأصل : « العدة » .
(٥) فى م : « يقر » .
(٦) فى ا ، م : « أقر » .

حَلَالًا ، أوْ نِصْفُ صَدَاقِ مِثْلِهَا إنْ كَانَ مَا سَمَّى لَهَا حَرَامًا . ولَوْ أسْلَمَ النِّسَاءُ قَبْلَه ، وقَبْلَ الدُّخُولِ ، بِنَّ مِنْهُ أيْضًا ، ولَا شَىْءَ عَلَيْهِ لِوَاحِدَةٍ مِنْهُنَّ . فَإنْ كَانَ إسْلَامُهُ وإسْلَامُهُنَّ قَبْلَ الدُّخُولِ مَعًا ، فَهُنَّ زَوْجَاتٌ . فَإنْ كَانَ دَخَلَ بِهِنَّ ، ثُمَّ أسْلَم ، فَمَنْ لَمْ تُسْلِمْ مِنْهُنَّ قَبْلَ انْقِضَاءِ عِدَّتِها حَرُمَتْ عَلَيْهِ مُنْذُ اخْتَلَفَ الدِّينَانِ)

فى هذه المسألة فصولٌ خمسةٌ :

أحدها : أنَّه إذا أسْلَمَ أحدُ الزَّوْجين الوَثَنِيَّيْنِ أو المَجُوسِيَّيْنِ، أو كِتَابِىٌّ مُتَـزَوِّجٌ[1] بِوَثَنِيَّةٍ أو مَجُوسِيَّةٍ قبلَ الدُّخُولِ ، تُعُجِّلَتِ الفُرْقَةُ بينهما من حين إسْلامِه ، ويكونُ ذلك فَسْخًا لا طَلَاقًا . وبهذا قال الشافعىُّ . وقال أبو حنيفةَ : لا تُتَعَجَّلُ الفُرْقَةُ ، بل إن كانا[2] فى دارِ الإسْلامِ ، عُرِضَ الإسْلامُ على الآخرِ ، فإن أَبَى وَقَعَتِ الفُرْقَةُ حِينَئِذٍ ، وإن كانا فى دارِ الحَرْبِ ، وَقَفَ ذلك على انْقِضاءِ عِدَّتِها ، فإن لم يُسْلِم الآخَرُ ، وَقَعَتِ الفُرْقَةُ . فإن كان الإباءُ من الزَّوْجِ ، كان طَلَاقًا ؛ لأنَّ الفُرْقَةَ حَصَلَتْ من قِبَلِه ، فكان طَلَاقًا ، كما لو لَفَظَ به ، وإن كان من المرأةِ ، كان فَسْخًا ؛ لأنَّ المرأةَ لا تَمْلِكُ الطَّلَاقَ . وقال مالكٌ : إن كانت هى المسلمةَ ، عُرِضَ عليه الإسلامُ ، فإن أسْلَمَ ، وإلَّا وقعتِ الفُرْقَةُ ، وإن كان هو المسلمَ ، تُعُجِّلَتِ الفرقةُ ؛ لقولِه سبحانه : ﴿ وَلَا تُمْسِكُواْ بِعِصَمِ ٱلْكَوَافِرِ ﴾[3] . ولَنا ، أنَّه اخْتِلافُ دِينٍ يَمْنَعُ الإقْرارَ على النِّكاحِ ، فإذا وُجِدَ قبلَ الدُّخولِ ، تُعُجِّلتِ الفرقةُ ، كالرِّدَّةِ . وعلى مالكٍ كإسْلامِ الزَّوْجِ ، أو كما لو أبَى الآخرُ الإسلامَ ، ولأنَّه إن كان هو المسلمَ ، فليس له[4] إمساكُ كافرةٍ ؛ لقوله تعالى : ﴿ وَلَا تُمْسِكُواْ بِعِصَمِ ٱلْكَوَافِرِ ﴾ . وإن كانت هى المُسْلِمةَ ، فلا يجوزُ إبقاؤُها فى[5] نكاحِ

(١ - ١) فى م : « يتزوج » .

(٢) فى الأصل : « كان ذلك » .

(٣) سورة الممتحنة ١٠ .

(٤) فى ا : « عليه » .

(٥) فى ب ، م : « على » .

مُشْرِكٍ . ولَنا ، على أنَّها فُرْقةُ فَسْخٍ ، أنَّها فُرْقةٌ باخْتِلافِ الدِّينِ ، فكانتْ[٦] فَسْخًا ، كما لو أسْلَم الزوجُ وأبَتِ المرأةُ ، ولأنَّها فرقةٌ بغير لَفْظٍ ، فكانت فَسْخًا ، كفُرْقةِ الرَّضاعِ .

الفصل الثانى : أنَّ الفُرْقةَ إذا حَصَلَتْ قبلَ الدُّخولِ بإسْلامِ الزَّوْجِ ، فللمرأةِ نِصْفُ المُسَمَّى إن كانت التَّسْمِيةُ صحيحةً ، أو نِصْفُ مَهْرِ مِثْلِها إن كانت فاسدةً ، مثل أن يُصْدِقَها خَمْرًا أو خِنْزِيرًا ؛ لأنَّ الفُرْقةَ حصَلتْ بفِعْلِه ، وإن كانت بإسلامِ المرأةِ ، فلا شىءَ لها ؛ لأنَّ الفُرْقةَ من جِهَتِها . وبهذا قال الحسنُ ، ومالكٌ ، والزُّهْرِىُّ ، والأوْزاعىُّ ، وابن شُبْرُمةَ ، والشافعىُّ . وعن أحمدَ ، روايةٌ أُخْرَى ، أنَّ لها نِصْفَ المَهْرِ إذا كانت هى المُسْلِمةَ . واخْتارها أبو بكرٍ . وبه قال قَتادةُ ، والثَّوْرِىُّ . ويَقْتَضِيه قولُ / أبى حنيفةَ ؛ لأنَّ الفُرْقةَ حصَلتْ من قِبَلِه بإبائِه الإسلامَ ، وامْتِناعِه منه ، وهى فَعَلَتْ ما فَرَضَ اللهُ عليها ، فكان لها نِصْفُ ما فَرَضَ اللهُ لها ، كما لو عَلَّقَ طَلَاقَها على الصَّلاةِ فصَلَّتْ . ونُقِلَ عن أحمدَ ، فى مَجُوسِىٍّ أسْلَمَ قبلَ أن يَدْخُلَ بامْرأتِه : لا شىءَ لها من الصَّدَاقِ . ووَجْهُها[٧] ما ذكرناه ، ووَجْه الأُولَى[٨] أنَّ الفُرْقةَ حصَلَتْ باخْتِلافِ الدِّينِ ، واختلافُ الدِّينِ حَصَلَ بإسْلامِها ، فكانت الفُرْقةُ حاصِلةً بفِعْلِها ، فلم يَجِبْ لها شىءٌ ، كما لو ارْتَدَّتْ ، ويفارِقُ تَعْلِيقَ الطَّلاقِ ، فإنَّه من جِهَةِ الزَّوْجِ ، ولهذا لو عَلَّقَه على دُخُولِ الدارِ فدَخَلَتْ ، وَقَعَتِ الفُرْقةُ ، ولها نِصْفُ المَهْرِ .

٧٥/٧ و

الفصل الثالث : أنَّ الزَّوْجينِ إذا أسْلَما معًا ، فهما على النِّكاحِ ، سواءٌ كان قبلَ الدُّخولِ أو بعدَه . وليس بين أهلِ العلمِ فى هذا اختلافٌ بحَمْدِ الله . ذَكَر ابنُ عبد البَرِّ أنَّه إجماعٌ من أهلِ العلمِ ؛ وذلك لأنَّه لم يُوجَدْ منهم اختلافُ دِينٍ . وقد رَوَى أبو داودَ[٩] ، عن ابن عباسٍ ، أن رَجُلًا جاء مُسْلِمًا على عهدِ رسولِ الله ﷺ ، ثم جاءت امرأتُه

---

(٦) فى الأصل ، ا ، ب : « فكان » .

(٧) فى ا ، ب ، م : « ووجهه » . ووجهها . أى الرواية .

(٨) فى ب ، م : « الأول » .

(٩) فى : باب إذا أسلم أحد الزوجين ، من كتاب الطلاق . سنن أبى داود ١ / ٥١٨ .

مُسْلِمةً بعدَه ، فقال : يا رسولَ الله ، إنَّها كانت أسْلَمَتْ معى . فرَدَّها عليه ، ويُعْتَبَرُ تَلَفُّظُهما بالإسْلامِ دَفْعَةً واحدةً ، لئَلَّا يَسْبِقَ أحَدُهُما صاحِبَه ، فيَفسُدَ النِّكاحُ . ويَحْتَمِلُ أن يَقِفَ على المَجْلِسِ ، كالقَبْضِ ونحوِه ، فإنَّ حُكْمَ المَجْلِسِ كلِّه حُكْمُ حالةِ العَقْدِ ، ولأنَّه يَبْعُدُ[10] اتِّفاقُهما على النُّطْقِ بكَلِمةِ الإسلامِ دَفْعةً واحدةً ، فلو اعْتُبِرَ ذلك ، لوقَعَتِ الفُرْقةُ بين كلِّ مُسْلِمَيْنِ قبلَ الدُّخولِ ، إلَّا فى الشَّاذِّ النَّادرِ ، فيَبْطُلُ[11] الإجْماعُ .

الفصل الرابع : أنَّه إذا كان إسلامُ أحدِهما بعدَ الدخولِ ، ففيه عن أحمدَ رِوَايتان ؛ إحداهما ، يَقِفُ على انقضاءِ العِدَّةِ ، فإن أسْلَمَ الآخَرُ قبلَ انْقِضائِها ، فهما على النكاحِ ، وإن لم يُسْلِمْ حتى انْقَضتِ العِدّةُ ، وَقَعتِ الفُرْقةُ منذُ اخْتَلَفَ الدِّينانِ ، فلا يَحْتاجُ إلى اسْتِئنافِ العِدَّةِ . وهذا قولُ الزُّهْرِىِّ ، واللَّيثِ ، والحسنِ بن صالحٍ ، والأوْزاعِىِّ ، والشافعىِّ ، وإسحاقَ . ونحوُه عن مُجاهِدٍ ، وعبدِ الله[12] بن عمرَ ، ومحمدِ ابن الحسنِ . والرواية الثانيةُ ، تُتَعَجَّلُ الفُرْقَةُ . وهو اخْتيارُ الخَلَّالِ وصاحِبه ، وقولُ الحسنِ ، وطاوُسٍ ، وعِكْرِمةَ ، وقَتادةَ ، والحكَمِ . ورُوِىَ ذلك عن عمرَ بن عبد العزيزِ ، ونَصَرَه ابنُ المُنْذِرِ . وقولُ أبى حنيفةَ ههُنا كقولِه فيما قبلَ الدُّخولِ ، إلَّا أنَّ المرأةَ إذا كانت / فى دارِ الحربِ ، فانْقَضتْ عِدَّتُها ، وحَصَلَتِ الفُرْقةُ ، لَزِمَها اسْتِئنافُ العِدَّةِ . ٧٥/٧ظ
وقال مالكٌ : إن أسلمَ الرجلُ قبلَ امرأتِه ، عَرَضَ عليها الإسلامَ ، فإن أسْلَمتْ ، وإلَّا وَقَعتِ الفُرْقةُ ، وإن كانتْ غائبةً تُعُجِّلَتِ[13] الفُرْقةُ ، وإن أسلمتِ المرأةُ قبلَه وقَفَ[14]

---

(١٠) فى ا : « يتعذر » .
(١١) فى ب : « فبطل » .
(١٢) فى الأصل : « وعبيد الله » .
(١٣) فى الأصل : « وقعت » .
(١٤) فى ا ، ب ، م : « وقفت » .

على انْقِضاءِ العِدَّةِ . واحْتَجَّ مَنْ قال بتَعْجِيلِ الفُرْقةِ بقَوْلِه سبحانه : ﴿ وَلَا تُمْسِكُوا۟ بِعِصَمِ ٱلْكَوَافِرِ ﴾ . ولأنَّ ما يُوجِبُ فَسْخَ النكاحِ لا يَخْتَلِفُ بما قبلَ الدُّخولِ وبعدَه ، كالرَّضَاعِ . ولَنا ، ما رَوَى مالكٌ ، فى مُوَطَّئِه[15] ، عن ابنِ شِهَابٍ قال : كان بين إسْلامِ صَفْوانَ بن أُمَيَّةَ وامرأتِه بنتِ الوليدِ بن المُغيرةِ نحوٌ من شَهْرٍ ، أسْلَمَتْ يوم الفَتْحِ ، وبَقِىَ صَفْوانُ حتى شَهِدَ حُنَيْنًا والطائفَ وهو كافرٌ ، ثم أسْلَمَ ، فلم يُفَرِّقِ النَّبِىُّ ﷺ بينهما ، واسْتَقَرَّتْ عندَه امرأتُه بذلك النِّكاحِ . قال ابنُ عبدِ البَرِّ : وشُهْرَةُ هذا الحديثِ أقْوَى من إسْنادِه . وقال ابنُ شِهَابٍ : أسْلَمَتْ أُمُّ حكيمٍ يوم الفَتْحِ ، وهَرَبَ زَوْجُها عِكْرِمةُ حتى أَتَى اليَمَنَ ، فارْتَحَلَتْ حتى قَدِمَتْ عليه اليمنَ ، فدَعَتْه إلى الإسلامِ ، فأسْلَم ، وقَدِمَ فبايَعَ النَّبِىَّ ﷺ ، فثَبَتَا على نكاحِهما[16] . وقال ابنُ شُبْرُمَةَ : كان الناسُ على عهدِ رسولِ الله ﷺ يُسْلِمُ الرجلُ قبلَ المرأةِ ، والمرأةُ قبلَ الرجلِ ، فأيُّهما أسْلَمَ قبلَ انْقِضاءِ عِدَّةِ المرأةِ ، فهى امرأتُه ، وإن أسلمَ بعدَ العِدَّةِ ، فلا نِكاحَ بينهما[17] . ولأنَّ أبا سُفْيانَ خَرَجَ فأسلمَ عامَ الفَتْحِ قبلَ دُخولِ النَّبِىِّ ﷺ مَكَّةَ ، ولم تُسْلِمْ هِنْدُ امرأتُه حتى فَتَحَ النَّبِىُّ ﷺ مَكَّةَ ، فثَبَتَا على النِّكاحِ[18] . وأسلم حَكِيمُ بن حِزَامٍ قبلَ امْرأتِه[19] . وخَرَجَ أبو سفيانَ ابن الحارثِ وعبدُ الله بن أبى[20] أُمَيَّةَ فلَقِيَا النبىَّ ﷺ[21] عامَ الفَتْحِ[21] بالأَبْواءِ[22] ، فأسْلَما قبلَ نِسائِهما[23] . ولم يُعْلَمْ أنَّ النَّبِىَّ ﷺ فَرَّقَ بين أحدٍ ممَّن أسلمَ وبين امرأتِه ،

---

(١٥) فى : باب نكاح المشرك إذا أسلمت زوجه قبله ، من كتاب النكاح . الموطأ ٢ / ٥٤٣ ، ٥٤٤ .
كما أخرجه البيهقى ، فى : باب من قال لا ينفسخ النكاح بينهما بإسلام أحدهما ، من كتاب النكاح . السنن الكبرى ١٨٦ ، ١٨٧ .

(١٦) أخرجه مالك ، فى الباب السابق . الموطأ ٢ / ٥٤٥ . والبيهقى ، فى الباب السابق .

(١٧) أخرج البيهقى نحوه عن ابن عباس ، فى الباب السابق .

(١٨) أخرجه البيهقى ، فى الباب السابق .

(١٩) انظر الإصابة ٢ / ١١٣ .

(٢٠) سقط من : الأصل ، ب ، م .

(٢١ – ٢١) سقط من : الأصل .

(٢٢) الأبواء : قرية من أعمال الفرع من المدينة . معجم البلدان ١ / ١٠٠ .

(٢٣) انظر : السيرة النبوية ٤ / ٤٠٠ ، ٤٠١ .

ويَبْعُدُ أن يَتَّفِقَ إسلامُهما دَفْعةً واحدةً ، ويفارِقُ ما قبلَ الدُّخولِ ، فإنَّه لا عِدَّةَ لها فتُتَعَجَّلُ البَيْنُونةُ[٢٤] ، كالمُطَلَّقةِ واحدةً ، وههنا لها عِدَّةٌ ، فإذا انقضتْ ، تَبَيَّنَّا وُقوعَ الفُرْقةِ من حينَ أسْلَمَ الأوَّلُ ، فلا يُحْتاجُ إلى عِدَّةٍ ثانيةٍ ؛ لأنَّ اخْتلافَ الدِّينِ سَبَبُ الفُرْقةِ ، فتُحْتَسَبُ الفُرْقةُ منه كالطَّلَاقِ .

الفصل الخامس: أنَّه إذا أسْلَم أحدُ الزَّوْجَيْنِ. وتَخَلَّفَ الآخَرُ حتى انْقَضَتْ عِدَّةُ المرأةِ، انْفَسَخَ النِّكاحُ. فى قولِ عامَّةِ العلماءِ. قال ابنُ عبدِ البَرِّ: لم يَخْتَلِفِ العلماءُ فى هذا، إلَّا شىءٌ رُوِىَ عن النَّخَعِىِّ ، شَذَّ فيه عن جماعةِ / العلماءِ ، فلم[٢٥] يَتْبَعْهُ عليه أحدٌ ، زَعَمَ أنَّها تُرَدُّ إلى زَوْجِها ، وإن طالتِ المدةُ ؛ لما رَوَى ابنُ عباسٍ أنَّ رسولَ اللهِ ﷺ رَدَّ زَيْنَبَ على زَوْجِها أبى العاصِ بنِكاحِها الأوَّلِ . رواه أبو داودَ[٢٦] . واحْتَجَّ به أحمدُ . قيل له : أليس يُرْوَى أنَّه رَدَّها بنكاحٍ مُسْتَأْنَفٍ ؟ قال : ليس لذلك[٢٧] أصْلٌ . وقيل : كان بين إسْلامِها ورَدِّها إليه ثمانِ سِنِينَ . ولَنا ، قولُ اللهِ تعالى : ﴿ لَا هُنَّ حِلٌّ لَّهُمْ وَلَا هُمْ يَحِلُّونَ لَهُنَّ ﴾[٢٨] . وقولُه سبحانه : ﴿ وَلَا تُمْسِكُوا۟ بِعِصَمِ ٱلْكَوَافِرِ ﴾ . والإجماعُ المُنْعَقِدُ على تحريمِ فُرُوجِ[٢٩] المسلماتِ على الكُفّارِ . فأمَّا قِصَّةُ أبى العاصِ مع امرأتِه ، فقال ابنُ عبد البرِّ : لا يَخْلُو من أن تكونَ قبلَ نُزُولِ تَحْريمِ المسلماتِ على الكفارِ ، فتكونَ مَنْسُوخةً بما جاء بعدَها ، أو تكونَ حامِلًا اسْتَمَرَّ حَمْلُها[٣٠] حتى أسْلَم زَوْجُها ، أو

٧٦/٧و

---

(٢٤) فى ب : « الفرقة » .

(٢٥) فى الأصل : « ولم » .

(٢٦) فى : باب إلى متى ترد عليه امرأته إذا أسلم بعدها ، من كتاب الطلاق . سنن أبى داود ١ / ٥١٩ .
كما أخرجه الترمذى ، فى : باب ما جاء فى الزوجين المشركين ... ، من أبواب النكاح . عارضة الأحوذى ٥ / ٨٢ . وابن ماجة ، فى : باب الزوجين يسلم أحدهما قبل الآخر ، من كتاب النكاح . سنن ابن ماجه ١ / ٦٤٧ .

(٢٧) فى م : « له » .

(٢٨) سورة الممتحنة ١٠ .

(٢٩) فى الأصل ، م : « تزوج » .

(٣٠) فى م : « حكمها » .

مَرِيضةً لم تَحِضْ ثلاثَ حَيْضاتٍ حتَّى أسْلَمَ ، أو تكونَ رُدَّتْ إليه بنكاحٍ جديدٍ ، فقد رَوَى ابن أبى شَيْبَةَ ، فى « سُنَنِه » عن عمرِو بن شُعَيْبٍ ، عن أبيه ، عن جَدِّه ، أنَّ النَّبِىَّ ﷺ رَدَّها على أبى العاصِ بنكاحٍ جديدٍ . روَاه التِّرمِذِىُّ[31] ، وقال : سَمِعْتُ عَبْدَ بن حُمَيْدٍ يقول : سمعتُ يَزِيدَ بن هارُونَ يقول : حديثُ ابنِ عباسٍ أجْوَدُ إسْنادًا ، والعملُ على حديثِ عمرِو بن شُعَيْبٍ .

فصل : وإذا وَقَعتِ الفُرْقةُ بإسْلامِ أحَدِهما بعدَ الدُّخولِ ، فلها المَهْرُ كاملًا ؛ لأنَّه اسْتَقرَّ بالدُّخولِ ، فلم يَسْقُطْ بشىءٍ ، فإن كان مُسمًّى صَحِيحًا ، فهو لها ؛ لأنَّ أنْكِحةَ الكُفَّارِ صحيحةٌ ، يَثْبُتُ لها أحكامُ الصِّحَّةِ ، وإن كان مُحَرَّمًا ، وقد قَبَضَتْه فى حالِ الكُفْرِ ، فليس لها غيرُه ؛ لأنَّنا لا نَتَعَرَّضُ لما مَضَى من أحكامِهم ، وإن لم تَقْبِضْه ، وهو حَرامٌ ، فلها مَهْرُ مِثْلِها ؛ لأنَّ الخمرَ والخِنْزِيرَ لا يجوزُ أن يكونَ صَداقًا لمُسْلِمةٍ ، ولا فى نكاحِ مُسْلِمٍ ، وقد صارتْ أحكامُهم أحْكامَ المُسْلِمينَ . فأمَّا نَفَقةُ العِدَّةِ ، فإن كانت هى المسلمةَ قبلَه ، فلها نفقةُ عِدَّتِها ؛ لأنَّه يتَمَكَّنُ من إبْقاءِ نِكاحِها ، واسْتِمْتاعِه منها ، بإسْلامِه معها ، فكانت لها النفقةُ كالرَّجْعِيَّةِ ، وإن كان هو المسلمَ قَبْلَها ، فلا نَفَقةَ لها عليه ؛ لأنَّه لا سَبِيلَ له إلى اسْتِبْقاءِ نِكاحِها ، وتَلافِى حالِها ، فأشْبَهتِ البائِنَ ، وسواءٌ أسْلَمَتْ فى عِدَّتِها أو لم تُسْلِمْ . فإن قيل : إذا لم تُسْلِمْ تَبَيَّنَّا أنَّ نِكاحَها انْفسخَ باخْتِلافِ الدِّينَيْنِ ، فكيف تَجِبُ النفقةُ للبائِنِ ؟ قُلْنا : لأنَّه كان يُمْكِنُ الزَّوجَ تَلافِىَ نِكاحِها إذا أسْلَمَتْ قبلَه[32] ، بل يجبُ عليه / ذلك ، فكانت فى مَعْنَى الرَّجْعِيَّةِ . فإن قيل : الرَّجْعِيَّةُ جَرَّتْ إلى البَيْنُونةِ بسَبَبٍ منه ، وهذه السَّبَبُ منها ؟ قُلْنا : إلَّا أنَّه كان فَرْضًا عليها مُضَيَّقًا ، ويُمْكِنُه تَلافِيه ، بخِلافِ ما إذا أسْلَمَتْ قبلَ الدُّخولِ ، فإنَّه يَسْقُطُ[33] مَهْرُها جَمِيعُه ؛ لأنَّه ما أمْكَنَه تَلافِيه .

٧٦/٧ ظ

---

(٣١) فى : باب ما جاء فى الزوجين المشركين ... ، من أبواب النكاح . عارضة الأحوذى ٥ / ٨١ ، ٨٢ .
كما أخرجه ابن ماجه ، فى : باب الزوجين يسلم أحدهما قبل الآخر ، من كتاب النكاح . سنن ابن ماجه ١ / ٦٤٧ . والإمام أحمد ، فى : المسند ٢ / ٢٠٨ . ولم نجده فى مصنف ابن أبى شيبة .
(٣٢) سقط من : الأصل ، م .
(٣٣) فى ب : « سقط » .

فصل : فى اخْتلافِ الزَّوْجَيْنِ ، لا يَخْلُو اخْتِلافُهما من حالينِ ؛ أحدهما ، أن يكونَ قبلَ الدُّخولِ ، ففيه مسألتان ، إحداهما ، أن يقولَ الزَّوْجُ : أسْلَمْنا معا ، فنحنُ على النِّكاحِ . وتقول هى : بل أسْلَمَ أحَدُنا قبلَ صاحِبه ، فانْفَسَخَ النِّكاحُ . فقال القاضى : القولُ قولُ المرأةِ ؛ لأنَّ الظاهرَ معها[٣٤] ؛ إذْ يَبْعُدُ[٣٥] اتِّفاقُ الإِسْلامِ منهما دَفْعةً واحدةً ، والقولُ قولُ مَنِ الظَّاهِرُ معه ، ولذلك كان القولُ قولَ صاحبِ اليَدِ . وذكَر أبو الخَطَّابِ فيها وَجْهًا آخرَ ، أنَّ القولَ قولُ الزَّوْجِ ؛ لأنَّ الأصْلَ بقاءُ النِّكاحِ ، والفَسْخُ طارِئٌ عليه ، فكان القولُ قولَ مَنْ يُوافِقُ[٣٦] قولُه الأصْلَ كالمُنْكِرِ ، وللشافعىِّ قَوْلان ، كهٰذَيْنِ الوَجْهَينِ . المسألة الثانية ، أن يقولَ الزَّوْجُ : أسْلَمْتِ قَبْلِى ، فلا صَدَاقَ لكِ . وتقولُ هى : أسْلَمْتَ قَبْلِى ، فلِى نِصْفُ الصَّداقِ . فالقولُ قولُها ؛ لأنَّ المَهْرَ وَجَبَ بالعَقْدِ ، والزَّوْجُ يَدَّعِى ما يُسْقِطُه ، والأصلُ بَقاؤُه ، ولم يُعارِضْه ظاهِرٌ فبَقِىَ . فإن اتَّفقا على أنَّ أحَدَهُما أسْلَم قبلَ صاحِبِه ، ولا يَعْلَمانِ عَيْنَه ، فلها نِصْفُ الصَّداقِ . كذلك ذكَره أبو الخَطَّابِ . وقال القاضى : إن لم تَكُنْ قَبَضَتْ ، فلا شىءَ لها ؛ لأنَّها تَشُكُّ فى اسْتِحْقاقِها ، فلا تَسْتَحِقُّ بالشَّكِّ ، وإن كان بعدَ القَبْضِ ، لم يَرْجِعْ عليها ؛ لأنَّه يَشُكُّ فى اسْتِحْقاقِ الرُّجُوعِ ، فلا يَرْجِعُ مع الشكِّ . والأوَّلُ أصَحُّ ؛ لأنَّ اليَقِينَ لا يُزالُ بالشَّكِّ ، وكذلك إذا تَيَقَّنَ الطَّهارةَ وشَكَّ فى الحَدَثِ ، أو تَيَقَّنَ الحَدَثَ وشَكَّ فى الطَّهارةِ ، بَنَى على اليَقِينِ ، وهذه قد كان صَدَاقُها واجِبًا لها ، وشَكًّا فى سُقُوطِه ، فيَبْقَى على الوُجُوبِ . وأمَّا إن اخْتَلَفا بعدَ الدُّخولِ ، ففيه أيضا مَسْألتان ؛ إحداهما ، أن يقولَ : أسْلَمْنا معًا . أو أسْلَمَ الثانى مِنَّا فى العِدَّةِ ، فنحنُ على النكاح . وتقولَ هى : بل أسْلَمَ الثانى بعدَ العِدَّةِ ، فانْفَسَخَ النِّكاحُ . ففيه وَجْهان ؛ أحدهما ، القولُ قولُه ؛ لأنَّ

---

(٣٤) فى م زيادة : « وكذلك » .

(٣٥) فى م : « يتعذر » .

(٣٦) فى ب : « وافق » .

الأَصْلَ بقاءُ النكاحِ . والثانى ، القولُ قولُها ؛ لأنَّ الأَصْلَ عدمُ إسْلامِ الثانى . المسألة الثانية ، أن تقولَ : أسْلَمْتُ قَبْلَكَ ، فلى نَفقةُ العِدَّةِ . ويقولَ هو : أسْلَمْتُ قَبْلكِ / ، فلا نَفَقَةَ لك . فالقولُ قولُها ؛ لأنَّ الأَصْلَ وُجُوبُ النَّفَقةِ . وهو يَدَّعِى سُقُوطَها . وإن قال : أسْلَمْتِ بعدَ شَهْرينِ من إسْلامِى ، فلا نفقةَ لكِ فيهما . وقالت : بعد شَهْرٍ . فالقولُ قولُه ؛ لأنَّ الأَصْلَ عدمُ إسْلامِها فى الشَّهْرِ الثانى . فأمَّا إن ادَّعَى هو ما يَفْسَخُ النِّكاحَ ، وأنْكَرَتْه ، انْفسخَ النِّكاحُ ، لأنَّه يُقِرُّ على نَفسِه بزَوالِ نِكاحِه وسُقُوطِ حَقِّه ، فأشْبَهَ مالو ادَّعَى أنَّها أُخْتُه من الرَّضاعِ ، فكَذَّبَتْه .

٧٧/٧ و

فصل : وسواءٌ فيما ذكَرْنا اتَّفقَتِ الدارانِ أو اخْتَلَفتا . وبه قال مالكٌ ، والأَوْزاعىُّ ، واللَّيْثُ ، والشافعىُّ . وقال أبو حنيفةَ : إن أسْلَمَ أحَدُهما وهما فى دارِ الحَرْبِ ، ودَخَلَ دارَ الإِسلامِ ، انْفَسخَ النِّكاحُ ، ولو تَزَوَّجَ حَرْبِىٌّ حَرْبِيَّةً ، ثم دَخَلَ دارَ الإِسلامِ ، وعَقَدَ الذِّمَّةَ ، انْفَسَخَ نِكاحُه ؛ لِاخْتلافِ الدَّارَيْنِ . ويَقْتَضِى مَذْهَبُه أنَّ أحَدَ الزَّوجينِ الذِّمِّيَّيْنِ إذا دَخَلَ دارَ الحربِ ، ناقِضًا للعَهْدِ ، انْفَسخَ نِكاحُه ؛ لأنَّ الدارَ اخْتَلَفَتْ بهما فِعْلًا وحُكْمًا ، فوَجَبَ أن تقعَ الفُرْقةُ بينهما ، كما لو أسْلَمَتْ فى دارِ الإِسْلامِ قبلَ الدُّخولِ . ولَنا ، أنَّ أبا سُفْيانَ أسْلَم بمَرِّ الظَّهْرانِ ، وامرأتُه بمَكَّةَ لم تُسْلِمْ ، وهى دارُ حَرْبٍ ، وأُمُّ حَكِيمٍ أسْلَمتْ بمكةَ ، وهَرَبَ زَوْجُها عِكْرِمَةُ إلى اليَمنِ ، وامرأةُ صَفْوانَ بن أُمَيَّةَ أسلمتْ يومَ الفَتْحِ ، وهَرَبَ زوجُها ، ثم أسْلَمُوا ، وأُقِرُّوا على أنْكِحَتِهِم مع اختلافِ الدِّينِ والدارِ بهم ، ولأنَّه عَقْدُ مُعاوَضةٍ ، فلم ينْفَسِخْ[٣٧] باخْتِلافِ الدارِ كالبَيْعِ ، ويُفارِقُ ما قبلَ الدُّخولِ ، فإنَّ القاطِعَ للنِّكاحِ اخْتلافُ الدِّينِ ، المانعُ من الإِقرارِ على النِّكاحِ ، دُونَ ما ذكَرُوه . فعلى هذا ، لو تزوَّجَ مُسْلِمٌ مُقِيمٌ بدارِ الإِسْلامِ حَرْبِيَّةً من أهلِ الكتابِ ، صَحَّ نكاحُه ، وعندهم لا يَصِحُّ . ولَنا عمومُ قوله تعالى : ﴿ وَٱلْمُحْصَنَـٰتُ مِنَ ٱلَّذِينَ أُوتُوا۟ ٱلْكِتَـٰبَ مِن قَبْلِكُمْ ﴾[٣٨] . ولأنَّها امرأةٌ يُباحُ نِكاحُها إذا كانت فى دارِ الإِسلامِ ، فأُبِيحَ نِكاحُها فى دارِ الحَرْبِ ، كالمُسْلِمةِ .

---

(٣٧) فى ا ، م : « يفسخ » .

(٣٨) سورة المائدة ٥ .

١١٦٧ – مسألة ؛ قال : (وَلَوْ نَكَحَ أَكْثَرَ مِنْ أَرْبَعٍ ، فِي عَقْدٍ وَاحِدٍ[١] ، أو فِي عُقُودٍ مُتَفَرِّقَةٍ ، ثُمَّ أَصَابَهُنَّ ، ثُمَّ أَسْلَم ، ثُمَّ أَسْلَمَتْ كُلُّ واحِدَةٍ مِنْهُنَّ فِي عِدَّتِهَا ، اخْتَارَ أَرْبَعًا مِنْهُنَّ ، وفَارَقَ مَا سِوَاهُنَّ ، سَوَاءٌ كَانَ مَنْ أَمْسَكَ مِنْهُنَّ أَوَّلَ مَنْ عَقَدَ عَلَيْهِنَّ[٢] أو آخِرَهُنَّ)

وجملةُ ذلك أنَّ الكافرَ إذا أسْلَم ، ومعهِ أكثرُ من أَرْبَعِ نِسْوةٍ ، فأَسْلَمْنَ فى عِدَّتِهِنَّ ، أو كُنَّ كِتَابِيَّاتٍ ، لم يَكُنْ له إمْساكُهُنَّ كُلِّهِنَّ . بغيرِ خلافٍ نَعْلَمُه . ولا يَمْلِكُ إمْساكَ أكثرَ / من أربعٍ . فإذا أحَبَّ ذلك ، اختارَ أَرْبَعًا منهنَّ ، وفارَقَ سائِرَهُنَّ ، سواءٌ تَزَوَّجَهُنَّ[٣] فى عَقْدٍ أو فى عُقُودٍ ، وسواءٌ اخْتارَ الأَوائِلَ أو الأَواخِرَ . نَصَّ عليه أحمدُ . وبه قال الحسنُ ، ومالكٌ ، واللَّيْثُ ، والأَوْزاعىُّ ، والثَّوْرِىُّ ، والشافعىُّ ، وإسحاقُ ، ومحمدُ بن الحسنِ . وقال أبو حنيفةَ ، وأبو يوسفَ : إن كان تزَوَّجَهُنَّ فى عَقْدٍ ، انْفَسخَ نِكاحُ جَميعِهِنَّ ، وإن كان فى عُقُودٍ ، فنكاحُ الأَوائِلِ صحيحٌ ، ونكاحُ ما زادَ على أَرْبَعٍ باطلٌ ؛ لأنَّ العَقْدَ إذا تناوَلَ أكثرَ من أَرْبَعٍ ، فتَحْرِيمُه من طَرِيقِ الجَمْعِ ، فلا يكونُ فيه مُخَيَّرًا بعدَ الإِسلامِ ، كما لو تزَوَّجَتِ المرأةُ زَوْجَيْنِ فى حالِ الكُفْرِ ، ثم أَسْلَمُوا . ولَنا ، ما رَوَى قَيْسُ بن الحارثِ ، قال : أَسْلَمْتُ وتَحْتِى ثَمانِ نِسْوَةٍ ، فأَتَيْتُ النَّبِىَّ ﷺ ، فقلتُ له ذلك ، فقال : « اخْتَرْ مِنْهنَّ أَرْبَعًا » . رواه أحمدُ ، وأبو داودَ[٤] . وروى محمدُ ابن سُوَيدٍ الثَّقَفِىُّ ، أنَّ غَيْلانَ بن سَلَمةَ أَسْلَمَ وتحته عَشْرُ نِسْوةٍ ، فأَسْلَمْنَ معه ، فأَمَرَه رسولُ اللهِ ﷺ أن يتَخَيَّرَ منهنَّ أَرْبَعًا[٥] . رواه التِّرمِذىُّ ، ورَواه مالكٌ فى « مُوَطَّإِه » ،

٧٧/٧ظ

---

(١) سقط من : الأصل ، ا ، ب .

(٢) فى الأصل : « عليها » .

(٣) فى ا ، م : « تزوجن » .

(٤) أخرجه أبو داود ، فى : باب من أسلم وعنده نساء أكثر من أربع ... ، من كتاب الطلاق . سنن أبى داود ١ / ٥١٩ . وابن ماجه ، فى : باب الرجل يسلم وعنده أكثر من أربع نسوة ، من كتاب النكاح . سنن ابن ماجه ١ / ٦٢٨ . والبيهقى ، فى : باب من يسلم وعنده أكثر من أربع نسوة ، من كتاب النكاح . السنن الكبرى ٧ / ١٨٣ .

(٥) تقدم تخريجه فى : ٩ / ٤٧٢ .

عن الزُّهْرِيِّ مُرْسلًا ، ورواه الشافعيُّ فى « مُسْنَدِه » عن ابن عُلَيَّةَ ، عن مَعْمرٍ ، عن الزُّهْرِيِّ ، عن سالِمٍ ، عن أبيه ، إلَّا أنَّه غيرُ مَحْفُوظٍ ، غَلِطَ فيه مَعْمَرٌ ، وخالَف فيه أصحابَ الزُّهْرِيِّ . كذلك قال الحُفّاظُ ؛ الإمامُ أحمدُ ، والتِّرمِذِيُّ ، وغيرُهما . ولأنَّ كُلَّ عددٍ جازَ له ابْتداءُ العَقْدِ عليه ، جاز له إمْساكُه بِنِكاحٍ مُطْلَقٍ فى حالِ الشِّرْكِ ، كما لو تَزوَّجَهُنَّ[٦] بغيرِ شُهُودٍ . وأمَّا إذا تزوَّجَتْ بزوْجَيْنِ ، فنِكاحُ الثانى باطِلٌ ؛ لأنَّها مَلَّكَتْه مِلْكَ غيرِها . وإن جَمَعَتْ بينهما ، لم يَصِحَّ ؛ لأنَّها لم تُمَلِّكْه جميعَ بُضْعِها[٧] ، ولأنَّ ذلك ليس بشائعٍ عندَ أحدٍ من أهلِ الأدْيانِ ، ولأنَّ المرأةَ ليس لها اخْتيارُ النِّكاحِ وفَسْخُه ، بخِلافِ الرَّجُلِ .

فصل : ويجبُ عليه أن يختارَ أرْبعًا فما دُونَ ، ويُفارِقَ سائِرَهُنَّ ، أو يُفارِقَ الجميعَ ؛ لأنَّ النَّبِيَّ ﷺ أمَرَ غَيلانَ وقَيْسًا بالاختيارِ ، وأمْرُه يقْتَضِى الوُجُوبَ ، ولأنَّ المُسْلِمَ لا يَجُوزُ إقْرارُه على نكاحِ أكثرَ من أرْبعٍ ، فإن أبَى ، أُجْبِرَ بالحَبْسِ والتَّعْزِيرِ إلى أن يَخْتارَ ؛ لأنَّ هذا حَقٌّ عليه ، يُمْكِنُه إيفاؤُه[٨] ، وهو مُمْتَنِعٌ منه ، فأُجْبِرَ عليه ، كإيفاءِ الدَّيْنِ . وليس للحاكِمِ أن يخْتارَ عنه ، كما يُطَلِّقُ على المُولِى إذا امْتَنَعَ من الطَّلَاقِ ؛ لأنَّ الحَقَّ هٰهُنا لغيرِ مُعَيَّنٍ ، وإنَّما تَتَعَيَّنُ الزَّوْجاتُ بِاخْتِيارِه وشَهْوَتِه ، وذلك لا يَعْرِفُه الحاكمُ فينُوبُ عنه فيه[٩] ، بخلافِ المُولِى ، فإنَّ / الحَقَّ المُعَيَّنَ يُمْكِنُ الحاكمَ إيفاؤُه ، والنِّيابةُ عن المُسْتَحِقِّ فيه . فإن جُنَّ خُلِّىَ حتى يَعُودَ عَقْلُه ، ثم يُجْبَرُ على الاخْتيارِ ، وعليه نَفَقةُ الجميعِ إلى أن يَخْتارَ ؛ لأنَّهنَّ مَحْبُوساتٌ عليه ، ولأنَّهنَّ فى حُكْمِ الزَّوْجاتِ أيَّتُهُنَّ اختارَ جازَ .

٧٨/٧و

فصل : ولو زَوَّجَ الكافرُ ابْنَه الصَّغيرَ أكثرَ من أرْبعٍ ، ثم أسْلَمُوا جميعًا ، لم يَكُنْ له

---

(٦) فى م : « تزوجن » .

(٧) فى ب ، م : « بعضها » .

(٨) فى ب : « إبقاؤه » .

(٩) سقط من : ا ، ب .

الاختيارُ قبلَ بُلوغِه ، فإنَّه لا حُكْمَ لقَوْلِه ، وليس لأبيه الاختيارُ عنه ؛ لأنَّ ذلك حَقٌّ يتعَلَّقُ بالشَّهْوةِ ، فلا يقومُ غيرُه مَقامَه فيه ، فإذا بَلَغَ الصبىُّ ، كان له أن يَخْتارَ حِينَئِذٍ ، وعليه النَّفَقةُ إلى أن يَخْتارَ .

فصل : فإن مات قبلَ أن يختارَ ، لم يَقُمْ وارِثُه مَقامَه ؛ لما ذكَرْنا فى الحاكِمِ ، وعلى جَمِيعِهِنَّ العِدَّةُ ؛ لأنَّ الزَّوْجاتِ لم يَتَعَيَّنَّ منهنَّ ، فمن كانت مِنْهُنَّ حامِلًا فعِدَّتُها بوَضْعِه ، ومَنْ كانت آيِسَةً أو صغيرةً فعِدَّتُها أرْبَعةُ أشْهُرٍ وعَشْرٌ ؛ لأنَّها أطْوَلُ العِدَّتَيْنِ فى حَقِّها ، ومَن[10] كانت من ذواتِ القُرُوءِ ، فعِدَّتُها أطْوَلُ الأجَلَيْنِ ، من ثلاثةِ قُرُوءٍ أو أرْبعةِ أشْهُرٍ وعَشْرٍ ، لتَقْضِىَ العِدَّةَ بيَقِينٍ ، لأنَّ كلَّ واحدةٍ منهنَّ يَحْتَمِلُ أن تكونَ مُخْتارةً أو مُفارَقةً ، وعِدَّةُ المُخْتارةِ عِدَّةُ الوَفاةِ ، وعِدَّةُ المُفارقةِ ثلاثةُ قُرُوءٍ ، فأوْجَبْنا أطْوَلَهما ، لِتَقْضِىَ[11] العِدَّةَ بيَقِينٍ ، كما قُلْنا فى مَن نَسِىَ صلاةً من يومٍ ، لا يَعْلَمُ عَيْنَها : عليه خَمْسُ صَلَواتٍ . وهذا مذهبُ الشافعىِّ ، فأمَّا المِيراثُ ، فإن اصْطَلَحْنَ عليه ، فهو جائزٌ كيفما اصْطَلَحْنَ ؛ لأنَّ الحَقَّ لهنَّ ، لا يَخْرُجُ عنهنَّ ، وإن أبَيْنَ الصُّلْحَ ، فقياسُ المَذْهَبِ أن يُقْرَعَ بينهنَّ ، فتكونَ الأرْبَعُ منهنَّ بالقُرْعةِ . وعند الشافعىِّ ، يُوقَفُ المِيراثُ حتى يَصْطَلِحْنَ . وأصلُ هذا يُذْكَرُ فى [12]موضعٍ آخَرَ[12] ، إن شاءَ اللهُ تعالى .

فصل : وصِفَةُ الاختيارِ أن يقولَ : اخْتَرْتُ نِكاحَ هؤلاءِ ، [13]أو اخْتَرْتُ هؤلاءِ[13] ، أو أمْسَكْتُهُنَّ ، أو اخْتَرْتُ حَبْسَهُنَّ ، أو إمْساكَهُنَّ ، أو نِكاحَهُنَّ ، أو أمْسَكْتُ نِكاحَهُنَّ ، أو ثَبَّتُّ نِكاحَهُنَّ ، أو أثْبَتُّهُنَّ . وإن قال لما زاد على الأرْبَعِ[14] :

---

(10) فى م : « وإن » .

(11) فى ا ، م : « لتنقضى » .

(12-12) فى ا ، ب ، م : « غير هذا الموضع » .

(13-13) سقط من : الأصل .

(14) فى الأصل : « أربع » .

فَسَخْتُ نِكاحَهُن . كان اخْتِيارًا للأَرْبَع . وإن طَلَّقَ إحْداهُنَّ ، كان اختيارًا لها ؛ لأَنَّ الطَّلَاقَ لا يكـونُ إلَّا فى زَوْجـةٍ . وإن قال : قد[15] فارَقْتُ هؤلاء ، أو اخْتَـرْتُ فِرَاقَ هؤلاء . فإن لم يَنْوِ به[16] الطلاقَ ، كان اخْتِيارًا لغيرِهِنَّ ؛ لقولِ النَّبِىِّ ﷺ لِغَيْلانَ : « اخْتَرْ مِنْهُنَّ أَرْبَعًا ، وفَارِقْ سَائِرَهُنَّ » . وهذا يقتضِى أن يكونَ لَفْظُ[17] الفِرَاقِ صَرِيحًا فيه ، [18]كما كان لفظُ الطَّلاقِ صَرِيحًا فيه[18] ، وكذا / فى حديثِ فَيْرُوز الدَّيْلَمِىِّ[19] قال : فعَمَدْتُ إلى أقْدَمِهِنَّ صُحْبَةً ، ففارَقْتُها . وهذا الموضعُ أَخَصُّ[20] بهذا اللفظِ[20] . فيَجِبُ أن يَتَخَصَّصَ[21] فيه بالفَسْخِ . وإن نَوَى به الطَّلاقَ ، كان اخْتيـارًا لهنَّ دُونَ غيرِهِنَّ . وذكر القاضى فيه عند الإِطْلاقِ وَجْهَيْنِ ؛ أحدهما ، أنَّـه يكـونُ اختيـارًا للمُفَارَقاتِ ؛ لأَنَّ لَفْظَ الفِرَاقِ صريحٌ فى الطَّلاقِ ، والأَوْلَى ما ذكَرْناه . وإن وَطِـئَ إحْداهُنَّ ، كان اختيارًا لها ، فى قِياسِ المذهبِ ؛ لأنَّه لا يجوزُ إلَّا فى مِلْكٍ ، فيَدُلُّ على الاخْتيارِ ، كوَطْءِ الجاريةِ المَبِيعةِ بشَرْطِ الخِيارِ ، ووَطْءِ الرَّجْعِيَّةِ أيضا اختيارًا[22] لها . وإن آلَى من واحدةٍ منهنَّ ، أو ظاهَرَ منها ، لم يكُن اخْتِيارًا لها ؛ لأَنَّه يَصِحُّ فى غيرِ زَوْجَةٍ ، فى أحدِ الوَجْهينِ ، وفى الآخَرِ ، يكونُ اخْتِيارًا لها ؛ لأَنَّ حُكْمَه لا يَثْبُتُ فى غيرِ زَوْجَةٍ .

٧٨/٧ ظ

---

(١٥) سقط من : الأصل .

(١٦) سقط من : ا ، ب ، م .

(١٧) سقط من : ا ، ب .

(١٨–١٨) سقط من : ب .

(١٩) أخرجه أبو داود ، فى : باب من أسلم وعنده أكثر من أربع أو أختان ، من كتاب الطلاق . سنن أبى داود ١ / ٥١٩ . والترمذى ، فى : باب ما جاء فى الرجل يسلم وعنده أختان ، من أبواب النكاح . عارضة الأحوذى ٥ / ٦٣ . وابن ماجه ، فى : باب الرجل يسلم وعنده أختان ، من كتاب النكاح . سنن ابن ماجه ١ / ٦٢٧ . والإمام أحمد ، فى : المسند ٤ / ٢٣٢ . والبيهقى ، فى : باب من يسلم وعنده أكثر من أربع نسوة ، من كتاب النكاح . السنن الكبرى ٧ / ١٨٤ ، ١٨٥ .

(٢٠ – ٢٠) فى الأصل : « بهذه اللفظة » .

(٢١) فى الأصل : « يخصص » .

(٢٢) فى م : « اختيار » .

وإن قَذَفَها ، لم يَكُنِ اخْتيارًا لها ؛ لأنَّه يَقَعُ فى غيرِ زَوْجةٍ .

فصل : وإذا اخْتارَ منهنَّ أرْبَعًا ، وفارَقَ البَواقِىَ ، فعِدَّتُهُنَّ من حينَ اخْتارَ ؛ لأنَّهُنَّ بِنَّ منه بالاخْتيارِ . ويَحْتَمِلُ أن تكونَ عِدّتُهنَّ من حِينَ أسْلَمَ ؛ لأنَّهنَّ بِنَّ بإسْلامِه ، وإنما يَتَبيَّنُ ذلك باخْتِيارِه ، فيَثْبُتُ[23] حُكْمُه من حينِ الإسْلامِ ، كما إذا أسْلَمَ أحدُ الزَّوْجَيْنِ ولم يُسْلِمِ الآخَرُ حتى انْقَضَتْ عِدَّتُها . وفُرْقَتُهُنَّ فَسْخٌ ؛ لأنَّها تَثْبُتُ بإسْلامِه من غيرِ لَفْظٍ فيهنَّ[24] ، وعِدّتُهنَّ كعِدَّةِ المُطَلَّقاتِ ؛ لأنَّ عِدَّةَ مَنِ انْفَسَخَ نِكاحُها كذلك . وإن ماتَتْ إحْدَى المُخْتاراتِ ، أو بانَتْ منه وانْقَضَتْ عِدّتُها ، فله أن يَنْكِحَ من المُفارَقاتِ ، وتكونُ عنده على طَلاقٍ ثلاثٍ ؛ لأنَّه لم يُطَلِّقْها قبلَ ذلك . وإن اختارَ أقَلَّ من أرْبَعٍ ، أو اختارَ تَرْكَ الجميعِ ، أُمِرَ بطَلَاقِ أرْبَعٍ ، أو تمامِ أربعٍ ؛ لأنَّ الأرْبَعَ الزَّوْجاتِ لا يَبِنَّ منه إلَّا بطَلَاقٍ ، أو ما يقومُ مَقامَه ، فإذا طَلَّقَ أرْبعًا منهنَّ ، وَقَعَ طَلَاقُه بِهِنَّ ، وانْفَسَخَ[25] نِكاحُ الباقياتِ ، لاخْتِيارِه لَهُنَّ ، وتكونُ عِدَّةُ المُطلَّقاتِ من حينَ طَلَّقَ ، وعِدَّةُ الباقياتِ على الوَجْهَيْنِ . وإن طَلّقَ الجميعَ ، أُقْرِعَ بينهنَّ ، فإذا وَقعتِ القُرْعةُ على أرْبعٍ منهنَّ ، كُنَّ المُخْتاراتِ ، ووَقَعَ طلاقُه بِهِنَّ ، وانْفَسَخَ نِكاحُ البَواقِى . وإن كان الطلاقُ ثلاثًا ، فمتى انْقَضَتْ عِدَّتُهنَّ ، فله أن يَنْكِحَ من الباقياتِ ؛ لأنَّهُنَّ لم يُطَلَّقْنَ منه ، ولا تَحِلُّ له المُطلَّقاتُ إلَّا بعدَ زَوْجٍ وإصابةٍ . ولو أسْلَمَ ، ثم طَلَّقَ الجميعَ قبلَ إسْلامِهِنَّ ، ثم أسْلَمْنَ فى العِدَّةِ ، أُمِرَ أن يختارَ أرْبعًا منهنَّ ، فإذا اختارَهُنَّ تَبَيَّنَّا أنَّ طَلاقَه وَقَعَ بهِنَّ ، لأنَّهُنَّ زَوْجاتٌ ، ويَعْتَدِدْنَ[26] من حينِ طَلَاقِه / ، وبانَ البَواقِى منه[27] باخْتِيارِه لغيرِهِنَّ ، ولا يَقَعُ بهنَّ طَلَاقُه ، وله نِكاحُ أرْبَعٍ منهنَّ إذا انْقَضَتْ عِدَّةُ المُطَلَّقاتِ ؛ لأنَّ

٧٩/٧و

(٢٣) فى الأصل : « فثبت » .

(٢٤) فى م : « منهن » .

(٢٥) فى ب : « ولا يصح » .

(٢٦) فى ا ، م : « ويتعددن » .

(٢٧) سقط من : ا ، ب ، م .

هؤلاء غيرُ مُطَلَّقاتٍ . والفَرْقُ بين هذه وبين التى قَبْلَها ، أنَّ طَلَاقَهُنَّ قبلَ إسْلامِهِنَّ فى زَمَنٍ ليس له الاختيارُ فيه ، فإذا أسْلَمْنَ تَجَدَّدَ له الاختيارُ حينَئِذٍ ، وفى التى قَبْلَها طَلَّقَهُنَّ[28] وله الاختيارُ ، والطَّلاقُ يَصْلُحُ اخِتيارًا ، وقد أوْقَعَه فى الجميعِ ، وليس بعضُهُنَّ[29] أوْلَى من بعضٍ ، فَصِرْنا إلى القُرْعةِ[30] ، لِتَساوِى الحُقُوقِ .

فصل : وإذا أسْلَمَ قَبْلَهُنَّ ، وقُلْنا بتَعْجِيلِ[31] الفُرْقةِ باخْتِلافِ الدِّينِ ، فلا كَلامَ . وإن قُلْنا : يَقِفُ على انْقِضاءِ العِدَّةِ . ولم يُسْلِمْنَ حتى انْقَضتْ عِدَّتُهنَّ ، تبيَّنَّا أنَّهُنَّ بِنَّ منذُ اخْتَلفَ الدِّينانِ ، فإن كان قد طَلَّقَهُنَّ قبلَ انْقضاءِ عِدَّتِهِنَّ ، تَبيَّنَّا أنَّ طلاقَه لم[32] يَقَعْ بهِنَّ ، وله نكاحُ أرْبعٍ منهنَّ إذا أسْلَمْنَ ، وإن كان وَطِئَهُنَّ تَبَيَّنَّا أنَّه وَطِئَ غيرَ نِسائِه ، وإن [33]آلَى منهُنَّ[33] ، أو ظاهَرَ ، أو قَذَفَ ، تبيَّنَّا أنَّ ذلك كان فى غيرِ زَوْجِهِ[34] ، وحُكْمُه حكمُ ما لو خاطَبَ بذلك أجْنَبِيَّةً . فإن أسْلَم بعضُهنَّ فى العِدَّةِ ، تَبَيَّنَّا أنها زَوْجَتُه[35] ، فوَقَعَ طَلاقُه[36] بها ، وكان وَطْؤُه لها وَطْأً لمُطلَّقتِه . وإن كانت المُطلَّقةُ غيرَها ، فوَطْؤُه لها وَطْءٌ لِامْرأتِه . وكذلك إن كان وطؤُه لها قبلَ طَلَاقِها . وإن طَلَّقَ الجميعَ ، فأسْلَمَ أرْبَعُ نِسْوةٍ[37] منهنَّ ، أو أقَلُّ فى[38] عِدَّتِهِنَّ ، ولم تُسْلِمِ البَواقِى ، تَعَيَّنَتِ[39] الزَّوْجِيَّةُ فى

---

(28) فى ب ، م : « يطلقن » .

(29) فى م : « بعضهم » .

(30) فى الأصل : « الفرقة » .

(31) فى ا ، ب : « يتعجل » .

(32) سقط من : م .

(33-33) فى م : « لاعنهن » .

(34) فى ا ، م : « زوجته » .

(35) فى ب ، ص : « زوجه » .

(36) فى م : « الطلاق » .

(37) سقط من : الأصل ، ا ، ب .

(38) فى ب : « من » .

(39) فى م : « لعينت » .

المُسْلمات ، ووَقَعَ الطَّلاقُ بهنَّ ، فإذا أَسْلَمَ البواقِى ، فله أن يتزوَّجَ بِهِنَّ ؛ لأنَّه لم يَقَعْ طَلاقُه بهنَّ .

فصل : وإذا أَسْلَمَ وتَحْتَه ثَمانِ نِسْوَةٍ ، فأَسْلَمَ أَرْبَعٌ منهنَّ ، فله اخْتيارُهنَّ ، وله الوقوفُ إلى أن يُسْلِمَ البَواقِى . فإن ماتَ اللَّاتِى أَسْلَمْنَ ، ثم أسلمَ الباقياتُ ، فله اختيارُ المَيِّتاتِ ، وله اختيارُ الباقياتِ ، وله اختيارُ بعضِ هؤلاءِ وبعضِ هؤلاءِ ؛ لأنَّ الاختيارَ ليس بعَقْدٍ ، وإنَّما هو تَصْحِيحٌ للعَقْدِ الأوَّلِ فيهنَّ ، والاعتبارُ فى الاختيارِ بحالِ ثُبُوتِه ، وحالَ ثُبُوتِه كُنَّ أَحْياءَ . وإن أَسْلَمتْ واحدةٌ منهن ، فقال : اخْتَرْتُها . جاز ، فإذا اختارَ أَرْبعًا على هذا الوَجْهِ ، انْفَسَخَ نِكاحُ الْبواقِى . وإن قال للمُسْلِمةِ : اخْتَرْتُ فَسْخَ نِكاحِها . لم يَصِحَّ ؛ لأنَّ الفَسْخَ إنَّما يكونُ فيما زادَ على الأَرْبَعِ ، (40)والاختيارُ للأَرْبَعِ(40) ، وهذه من جُمْلةِ الأَربع ، إلَّا أن يُرِيدَ بالفَسْخِ الطلاقَ ، فيَقَعُ ؛ لأنَّه كِنايةٌ ، ويكونُ طَلَاقُه لها اخْتيارًا لها . وإن قال : اخترتُ فلانة . قبلَ أن تُسْلِمَ ، لم يَصِحَّ ؛ / لأنَّه ليس بوَقْتٍ للاخْتيارِ ، لأنَّها جاريةٌ إلى بَيْنُونةٍ ، فلا يَصِحُّ إمْساكُها . وإن فَسَخَ نِكاحَها ، لم يَنْفَسِخْ ؛ لأنَّه لمَّا لم يَجُزْ الاخْتيارُ ، لم يجز الفَسْخُ . وإن نَوَى بالفَسْخِ الطَّلاقَ ، أو قال : أنْتِ طالقٌ . فهو مَوْقُوفٌ ، فإن أَسْلَمَتْ ولم يُسْلِمْ زِيادَةٌ على أَرْبَعٍ ، أو أَسْلَم زِيادَةٌ فاختارَها ، تَبَيَّنَّا وُقوعَ الطَّلاقِ بها ، وإلَّا فلا .

79/7ظ

فصل : وإن قال : كُلَّما أَسْلَمَتْ واحدةٌ اخْتَرْتُها . لم يَصِحَّ ؛ لأنَّ الاختيارَ لا يصحُّ تَعْلِيقُه على شَرْطٍ ، ولا يَصِحُّ فى غيرِ مُعَيَّنٍ(41) . وإن قال : كلَّما أسلمتْ واحدةٌ اخترتُ فَسْخَ نِكاحِها . لم يَصِحَّ أيضا ؛ لأنَّ الفَسْخَ لا يتعلَّقُ بالشَّرْطِ ، ولا يَمْلِكُه فى واحدةٍ حتى يَزِيدَ عددُ المُسْلماتِ على الأَرْبعِ ، وإن أراد به الطَّلاقَ ، فهو كما لو قال : كلَّما أَسْلَمتْ واحدةٌ فهى طالِقٌ . وفى ذلك وَجْهان ؛ أحدهما ، يَصِحُّ ؛ لأنَّ الطلاقَ يصحُّ تعليقُه

(40 - 40) سقط من : ب .

(41) فى م : « معنى » .

بالشَّرطِ ، ويتَضَمَّنُ الاخْتِيارَ لها ، فكلَّما أسلمتْ واحدةٌ كان اختِيارًا لها ، وتَطْلُقُ بطَلاقِه . والثانى ، لا يَصِحُّ ؛ لأنَّ الطلاقَ يتضَمَّنُ الاخْتِيارَ ، والاختيارُ لا يصحُّ تعْليقُه بالشَّرطِ .

فصل : وإذا أَسْلَم، ثم أَحْرَمَ بحجٍّ أو عُمْرةٍ، ثم أَسْلَمْنَ ، فله الاختيارُ ؛ لأنَّ الاخْتيارَ اسْتِدامةٌ للنِّكاحِ[٤٢] ، وتَعْيِينٌ[٤٣] للمَنْكوحةِ، وليس بابْتِداءٍ[٤٣] له . وقال القاضى : ليس له الاختيارُ . وهو ظاهرُ مذهبِ الشافعىِّ . ولَنا ، أنَّه اسْتدامةُ نِكاحٍ ، لا يُشْتَرطُ له رِضاءُ المرأةِ ، ولا وَلِىٌّ ، ولا شُهُودٌ ، ولا يَتَجدَّدُ به مَهْرٌ ، فجازَ له[٤٤] فى الإِحْرامِ ، كالرَّجْعةِ .

فصل : وإذا أَسْلَمْنَ معه ، ثم مِتْنَ قبلَ اخْتِيارِه ، فله أن يخْتارَ منهنَّ أرْبعًا ، فيكونَ له مِيرَاثُهُنَّ ، ولا يَرِثُ الباقياتِ ؛ لأنَّهنَّ لَسْنَ[٤٥] بزَوْجاتٍ له . وإن مات بعضُهنَّ ، فله الاختيارُ من الأَحْياءِ ، وله الاخْتيارُ من المَيِّتاتِ . وكذلك لو أَسْلَم بعضُهنَّ فمِتْنَ ، ثم أَسْلَم الْبواقِى ، فله الاخْتيارُ من الجميعِ ، فإن اخْتارَ المَيِّتاتِ ، فله مِيراثُهُنَّ ؛ لأنَّهُنَّ مِتْنَ وهُنَّ نِساؤُه ، وإن اختارَ غيرَهُنَّ ، فلا مِيراثَ له منهنَّ ؛ لأنَّهنَّ أجْنَبِيَّاتٌ . وإن لم يُسْلِم البواقِى ، لَزِمَ النِّكاحُ فى الْمَيِّتاتِ ، وله مِيراثُهُنَّ . فإن وَطِئَ الجميعَ قبلَ إسْلامِهِنَّ ، ثم أَسْلَمْنَ ، فاختارَ أرْبعًا منهنَّ ، فليس لهنَّ إلَّا المُسَمَّى ؛ لأنَّهُنَّ زَوْجاتٌ ، ولسائِرِهنَّ المُسَمَّى بالعَقْدِ الأوَّلِ ، ومَهْرُ المِثْلِ للوَطْءِ الثانى ؛ لأنَّهُنَّ أجْنبيَّاتٌ . وإن وَطِئَهُنَّ بعدَ إسْلامِهِنَّ، فالمَوْطوءاتُ أوَّلًا هُنَّ المُخْتاراتُ، والبواقِى أجْنبِيَّاتٌ، والحكمُ فى المَهْرِ على ما ذكَرْناه .

١١٦٨ ـ / مسألة ؛ قال : (**وَلَوْ أَسْلَمَ وتَحْتَهُ أُخْتَانِ ، اخْتَارَ مِنْهُمَا وَاحِدَةً**) ٧/٨٠و

هذا قولُ الحسنِ ، والأَوْزاعىِّ ، والشافعىِّ ، وإسحاقَ ، وأبى عُبَيْدٍ . وقال أبو حنيفةَ

---

(٤٢) فى ا ، ب ، م : « النكاح » .

(٤٣ – ٤٣) فى م : « المنكوحة فليس ابتداء » .

(٤٤) سقط من : الأصل .

(٤٥) فى النسخ : « ليس » .

فى هذه ، كقوله فى عَشْرِ نِسْوةٍ . ولَنا ، ما رَوَى الضَّحَّاكُ بن فَيْرُوز ، عن أبيه ، قال : قلتُ : يا رسولَ الله ، إنِّى أسْلَمْتُ وتَحْتِى أُخْتانِ . قال : « طَلِّقْ أيَّتَهُمَا شِئْتَ » . رواه أبو داودَ، وابنُ ماجَه، وغيرُهما[1] . ولأنَّ أنْكِحةَ الكُفَّارِ صحيحةٌ، وإنَّما حُرِّمَ الجَمْعُ فى الإسلامِ ، وقد أزَالَه ، فصَحَّ ، كما لو طَلَّقَ إحداهما قبلَ إسْلامِه ، ثم أسْلَمَ والأُخْرى فى حِبَالِه . وهكذا الحكمُ فى المرأةِ وعَمَّتِها أو خالَتِها ؛ لأنَّ المعنى فى الجميعِ واحدٌ .

فصل : ولو تزوَّجَ وَثَنِيَّةً ، فأسْلَمتْ قبلَه ، ثم تزوَّجَ فى شِرْكِه أُخْتَها ، ثم أسْلَما فى عِدَّةِ الأُولَى ، فله أن يخْتارَ منهما[2] ؛ لأنَّه أسْلَمَ وتحته أُخْتانِ مُسْلِمتانِ . وإن أسْلَم هو قبلَها ، لم يَكُنْ له أن يتزوَّجَ أُخْتَها فى عِدَّتِها ، ولا أَرْبَعًا سِوَاها . فإن فَعَلَ ، لم يَصِحَّ النِّكاحُ الثانى . وإذا أسْلَمتِ الأُولَى فى عِدَّتِها ، فنِكاحُها لازِمٌ ؛ لأنَّها انْفَرَدَتْ به .

فصل : وإن تزوَّجَ أُخْتَيْنِ ، ودَخَلَ بهما ، ثم أسْلَمَ وأسْلَمَتا معه ، فاخْتارَ إحْداهُما ، لم يَطَأْها حتى تَنْقَضِىَ عدةُ أُخْتِها لئلَّا يكونَ واطِئًا لإحْدَى الأُخْتَيْنِ فى عِدَّةِ الأُخْرَى . وكذلك إذا أسْلَم وتحته أكثرُ من أربعٍ ، قد دَخَلَ بهِنَّ ، فأسْلَمْنَ معه ، وكُنَّ ثمانِيًا ، فاختارَ أرْبَعًا منهنَّ ، وفارَقَ أربعًا ، لم يَطَأْ واحدةً من المُختاراتِ حتى تَنْقَضِىَ عِدَّةُ المُفارقاتِ ، لئَلَّا يكونَ واطِئًا لأكثرَ من أربعٍ . فإن كُنَّ خَمْسًا ، ففارَقَ إحْداهُنَّ ، فله وَطْءُ ثَلاثٍ من المُخْتاراتِ ، ولا يَطَأُ الرَّابعةَ حتى تنْقَضِىَ عِدَّةُ المُفارَقةِ . وإن كُنَّ سِتًّا ، ففارَقَ اثنتَيْنِ ، فله وَطْءُ اثْنَتَيْنِ من المُخْتاراتِ . وإن كُنَّ سَبْعًا ، ففارقَ ثلاثًا ، فله وَطْءُ واحدةٍ من المُخْتاراتِ ، [3]ولا يَطَأُ الباقياتِ حتى تنْقَضِىَ عِدَّةُ المُفارَقاتِ ، فكلَّما انْقَضتْ عِدَّةُ واحدةٍ من المُفارَقاتِ ، فله وَطْءُ واحدةٍ من المُخْتاراتِ[3] . هذا قياسُ المَذْهَبِ .

---

(1) تقدم تخريجه فى صفحة ١٧ .

(2) فى ب : « بينهما » .

(3-3) سقط من : ب . نقل نظر .

فصل : وإذا تزوَّجَ أُخْتَيْنِ فى حالِ كُفْرِه ، فأَسْلَمَ وأَسْلَمَتا معًا قبلَ الدُّخولِ ، فاختارَ إحداهُما ، فلا مَهْرَ للأُخْرَى ؛ لأنَّنا تبيَّنَّا أنَّ الفُرْقةَ وقَعَتْ بإسْلامِهم جميعًا ، فلا تَسْتَحِقُّ مَهْرًا ، كما لو فَسَخَ النكاحَ لِعَيْبٍ فى إحداهما ، ولأنَّه نكاحٌ لا يُقَرُّ عليه فى الإسْلامِ ، فلا يجِبُ به مَهْرٌ إذا لم يَدْخُلْ بها ، كما لو تزوَّجَ المَجُوسِيُّ أُخْتَه ، ثم أسْلَما / قبلَ الدُّخولِ . وهكذا الحكمُ فيما زاد على الأَرْبَعِ إذا أسْلَمُوا جميعًا قبلَ الدُّخولِ ، فاختارَ أربعًا ، وانْفَسخَ نِكاحُ الْبواقِى ، فلا مَهْرَ لهنَّ ؛ لما ذكَرْنا . واللهُ أعلمُ .

٧/٨٠ظ

١١٦٩ ـ مسألة ؛ قال : (**وإنْ كَانَتَا أُمًّا وبِنْتًا ، فأَسْلَمَ وأَسْلَمَتا مَعًا قَبْلَ الدُّخولِ ، فَسَدَ نِكاحُ الْأُمِّ ، وإنْ كَانَ دَخَلَ بالأُمِّ فَسَدَ نِكاحُهُمَا**)

الكلامُ فى هذه المسألة فى فصلين :

أحدهما : إذا كان إسْلامُهم جميعًا قبلَ الدُّخولِ ، فإنَّه يَفْسُدُ نِكاحُ الأُمِّ ، ويَثْبُتُ نكاحُ البِنْتِ . وهذا أحدُ قَوْلَيِ الشافعيِّ ، واخْتيار المُزَنِيِّ . وقال فى الآخرِ : يخْتارُ أيَّتَهما شاء ؛ لأنَّ عَقْدَ الشِّرْكِ[1] إنما يَثْبُتُ له حكمُ الصِّحَّةِ إذا انْضَمَّ إليه الاخْتيارُ ، فإذا اخْتارَ الأُمَّ فكأنَّه لم يَعْقِدْ على البِنْتِ . ولَنا ، قولُ اللهِ تعالى : ﴿وَأُمَّهَاتُ نِسَائِكُمْ﴾[2] . وهذه أُمُّ زَوْجَتِه ، فتَدْخُلُ فى عُمُومِ الآية ، ولأنَّها أُمُّ زَوْجَتِه ، فتَحْرُمُ[3] عليه ، كما لو طَلَّقَ ابْنَتَها فى حالِ شِرْكِه ، ولأنَّه لو تزَوَّجَ البنتَ وَحْدَها ، ثم طَلَّقَها ، حَرُمَتْ عليه أُمُّها إذا أسْلَمَ ، فإذا لم يُطَلِّقْها وتمَسَّكَ بنِكاحِها أَوْلَى . وقولُهم : إنَّما يَصِحُّ العَقْدُ بانْضِمامِ الاخْتيارِ إليه . غيرُ صحيحٍ ؛ فإنَّ أنْكِحةَ الكُفَّارِ صحيحةٌ ، يَثْبُتُ[4] لها أحكامُ الصِّحَّةِ . وكذلك لو انْفَرَدَتْ كان نِكاحُها صحيحًا لازِمًا من غير

---

(١) فى ب : « المشرك » .

(٢) سورة النساء ٢٣ .

(٣) فى الأصل : « فحرم » .

(٤) فى م : « ثبت » .

اختيارٍ ، ولهذا فُوِّضَ إليه الاخْتيارُ هٰهُنا . ولا يصحُّ أن يختارَ مَنْ ليس نِكاحُها صَحِيحًا ، وإنَّما اخْتُصَّتِ الأُمُّ بفسادِ نِكاحِها ؛ لأنَّها تَحْرُمُ بمُجَرَّدِ العَقْدِ على ابْنَتِها على التَّأْبِيدِ ، فلم يُمْكِنِ اخْتِيارُها ، والبِنْتُ لا تَحْرُمُ قبلَ الدُّخولِ بأُمِّها ، فتَعَيَّنَ النِّكاحُ فيها ، بخِلافِ الأُخْتَيْنِ .

الفصل الثانى : إذا دَخَلَ بهما ، حَرُمَتا على التَّأْبِيدِ ، الأُمُّ لأنَّها أُمُّ زَوْجَتِه ، والبنتُ لأنَّها رَبِيبَتُه من زَوْجَتِه التى دَخَلَ بها . قال ابنُ الْمُنْذِرِ : أجمعَ على هذا كلُّ مَنْ نحفظُ عنه من أهلِ العلمِ . وهذا قولُ الحسنِ ، وعمرَ بن عبد العزيز ، وقَتادةَ ، ومالكٍ ، وأهلِ الْحجازِ ، والثَّوْرِىِّ ، وأهلِ العِراقِ ، والشافعىِّ ، ومَنْ تَبِعَهُم . وإن دَخَلَ بالأُمِّ وَحْدَها ، فكذلك ؛ لأنَّ[(٥)] البِنْتَ تكونُ رَبِيبَتَه[(٦)] مَدْخُولًا بأُمِّها ، والأُمُّ حَرُمَتْ بمُجَرَّدِ العَقْدِ على ابْنَتِها . وإن دَخَلَ بالبِنْتِ وحدَها ، ثَبَتَ نِكاحُها ، وفَسَدَ نكاحُ أُمِّها ، كما لو لم يَدْخُلْ بهما[(٧)] . ولو لم تُسْلِمْ معه إلَّا إحْداهما ، كان الحكمُ كما لو أسْلَمَتا معه معًا ؛ فإن كانت المُسْلِمةُ هى الأمَّ ، فهى مُحَرَّمةٌ عليه على كلِّ حالٍ ، وإن كانت البنتَ ، ولم يكُنْ دَخَلَ بأُمِّها[(٨)] ، ثَبَتَ نِكاحُها ، وإن كان دَخَلَ بأُمِّها ، / فهى مُحَرَّمةٌ على التَّأْبِيدِ . ولو أسْلَمَ وله جارِيتانِ ، إحداهما أُمُّ الأُخْرَى ، وقد وَطِئَهما جميعًا ، حَرُمَتا عليه على التَّأْبِيدِ ، وإن كان قد وَطِئَ إحْداهما ، حَرُمَتِ الأُخْرَى على التَّأْبِيدِ ، [(٩)] ولم تَحْرُمِ المَوْطوءةُ ، وإن كان لم يَطَأْ واحدةً منهما[(١٠)] ، فله وَطْءُ أيَّتِهما شاء ، فإذا وَطِئَها ، حَرُمَتْ الأُخْرَى على التَّأْبِيدِ[(٩)] . واللهُ أعلم .

٨١/٧و

---

(٥) فى الأصل ، م : « أن » .
(٦) فى ب : « ربيبة » .
(٧) فى ب ، م : « بها » .
(٨) فى الأصل : « بها » .
(٩ - ٩) سقط من : ب .
(١٠) سقط من : ب ، م .

١١٧٠ - مسألة ؛ قال : (**وَلَوْ أسْلَمَ عَبْدٌ ، وتَحْتَهُ زَوْجَتَانِ ، قَدْ دَخَلَ بِهِمَا ، فَأسْلَمَتَا فِى الْعِدَّةِ ، فَهُمَا زَوْجَتَاهُ ، ولَوْ كُنَّ أكْثَرَ ، اخْتَارَ مِنْهُنَّ اثْنَتَيْنِ**)

وجملةُ ذلك أنَّ حُكْمَ العبدِ فيما زاد على الاثْنَتَيْنِ حكمُ الحُرِّ فيما زاد على الأَرْبعِ[1] ، فإذا أسْلَمَ وتحته زَوْجتانِ ، فأسْلَمَتا معه ، أو فى عِدَّتِهما ، لَزِمَ نِكاحُهما ، حُرَّتَيْنِ كانَتا أو أمَتَيْنِ ، أو حُرَّةً وأمَةً ؛ لأنَّ[2] له الجَمْعَ بينهما فى ابْتِداءِ نِكاحِه ، فكذلك فى اخْتِيارِه . وإن كُنَّ أكثرَ ، اختارَ منهنَّ اثنتَيْنِ ، أيَّتَهُنَّ شاء ، على ما مَضَى فى الحُرِّ ، فلو كان تحته حُرَّتانِ وأمَتانِ ، فله أن يخْتارَ الحُرَّتَيْنِ أو الأَمَتَيْنِ ، أو حُرَّةً وأمَةً ، وليس للحُرَّةِ إذا أسْلَمَتْ معه الخيارُ فى فِراقِه ؛ لأنَّها رَضِيَتْ بِنِكاحِه وهو عَبْدٌ ، ولم يتَجَدَّدْ رِقُّه بالإسْلامِ ، ولا تَجَدَّدَتْ حُرِّيتُها بذلك ، فلم يكُنْ لها اخْتيارٌ[3] ، كما لو تزَوَّجَتْ مَعِيبًا تَعْلَمُ عَيْبَه ثم أسْلَما . وذكر القاضى وجهًا ، أنَّ لها الخيارَ ؛ لأنَّ الرِّقَّ عَيْبٌ تجدَّدَتْ أحكامُه بالإسلامِ ، فكأنَّه عَيْبٌ حادِثٌ . والأَوَّلُ أصَحُّ ؛ فإنَّ الرِّقَّ لم يَزَلْ عَيْبًا ونَقْصًا عند العُقَلاءِ ، ولم يتَجَدَّدْ نَقْصُه بالإسْلامِ ، فهو كسائرِ العُيُوبِ .

فصل : وإن أسْلَم وتحته أرْبَعُ حَرائِرَ ، فأُعْتِقَ ، ثم أسْلَمْنَ فى عِدَّتِهِنَّ ، أو أسْلَمْنَ قبلَه ، ثم أُعْتِقَ ، ثم أسْلَم ، لَزِمَه نِكاحُ الأرْبعِ ؛ لأنَّه ممَّن يجُوزُ له الأَرْبَعُ فى وَقْتِ اجتماعِ إسْلامِهم ، فإنَّه حُرٌّ . فأمَّا إن أسْلَمُوا كلُّهم ، ثم أُعْتِقَ قبلَ أن يختارَ ، لم يكُنْ له أن يختارَ إلَّا اثْنَتَيْنِ ؛ لأنَّه كان عَبْدًا حين ثَبَتَ له الاخْتيارُ ، وهو حالُ اجتماعِهم على الإسْلامِ ، فتَغَيُّرُ حالِه بعدَ ذلك لا يُغَيِّرُ الحُكْمَ ، كمن أسْلَم وتحته إماءٌ ، فأسْلَمْنَ معه[4] ، ثم

---

(١) فى ا ، ب ، م : « أربع » .

(٢) فى ا ، م : « لأنه » .

(٣) فى ا ، ب ، م : « خيار » .

(٤) سقط من : الأصل .

أَيْسَرَ . ولو أَسْلَم معه[٥] اثْنَتانِ ، ثم أُعْتِقَ ، ثم أَسْلَم الباقياتُ لم يَخْتَرْ[٦] إلَّا اثْنَتَيْنِ ؛ لأنَّه ثَبَتَ له الاخْتيارُ[٧] بإسْلامِ الأُولَيَيْنِ .

فصل : وإن تزوَّجَ أَرْبعًا ، فأَسْلَمْنَ ، وأُعْتِقْنَ[٨] قبلَ إسْلامِه ، فلَهُنَّ فَسْخُ النِّكاحِ ؛ لأنَّهُنَّ عَتَقْنَ تحت عَبْدٍ ، وإنَّما مَلَكْنَ الفَسْخَ وإن كُنَّ جارياتٍ إلى بَيْنُونةٍ ؛ لأنَّه قد يُسْلِمُ فيَقْطَعُ جَرَيانَهُنَّ إلى البَيْنُونَةِ ، فإذا / فَسَخْنَ ولم يُسْلِمِ الزَّوْجُ ، بِنَّ باخْتلافِ الدِّينِ من حينَ أَسْلَمْنَ ، [٩]وتَبَيَّنَ أنَّ الفَسْخَ لم يَصِحَّ[٩] . وإن أَسْلَمَ فى العِدَّةِ ، بِنَّ لِفَسْخِ[١٠] النكاحِ ، وعليهنَّ عِدَّةُ الحرائرِ فى المَوْضِعَيْنِ ؛ لأنَّهُنَّ هٰهُنا وَجَبَتْ عليهنَّ العِدَّةُ وهُنَّ حرائرُ ، وفى التى قبلَها عَتَقْنَ فى أثناءِ العِدَّةِ التى يُمْكِنُ الزَّوْجُ تلافِىَ النكاحِ فيها ، فأشْبَهْنَ الرَّجْعِيَّةَ . فإن أَخَّرْنَ الفَسْخَ حتى أَسْلَمَ الزَّوْجُ ، لم يَسْقُطْ بذلك حَقُّهُنَّ فى[١١] الفَسْخِ ؛ لأنَّ تَرْكَهُنَّ لِلفَسْخِ اعتمادٌ[١٢] على جَرَيانِهِنَّ [١٣]إلى البَيْنُونَةِ[١٣] ، فلم يَتَضَمَّنِ الرِّضَى بالنِّكاحِ كالرَّجْعِيَّةِ إذا أُعْتِقَتْ وأَخَّرَتِ الفَسْخَ ، ولو أَسْلَم قبلَهُنَّ ، ثم أُعْتِقْنَ ، فاخْتَرْنَ الفَسْخَ ، صَحَّ ؛ لأنَّهُنَّ إماءٌ عَتَقْنَ تحت عَبْدٍ[١٤] . وهذا ظاهرُ مذهبِ الشافعىِّ . وقال بعضُهم : لا خِيارَ لهنَّ ؛ لأنَّه لا حاجةَ بهنَّ إلى الفَسْخِ ، لِكَوْنِه يَحْصُلُ بإقامَتِهِنَّ على الشِّرْكِ ، بخلافِ التى قبلَها . وليس بصحيحٍ ؛ فإنَّ السَّبَبَ مُتَحَقِّقٌ ، وقد يَبْدُو لهنَّ الإسلامُ ، وهو واجبٌ عليهنَّ . فإن قيل : فإذا أَسْلَمْنَ اخْتَرْنَ

٨١/٧ ظ

---

(٥) فى ا ، ب ، م : « ومعه » .

(٦) فى ا ، ب ، م : « يجز » .

(٧) فى ا ، ب ، م : « الخيار » .

(٨) فى ا : « ثم أعتقن » .

(٩ - ٩) سقط من : م .

(١٠) فى الأصل ، ا : « بفسخ » .

(١١) فى ا ، ب ، م : « من » .

(١٢) فى الأصل ، ا : « اعتمادا » أى جرى اعتمادا .

(١٣ - ١٣) فى م : « لبينونة » .

(١٤) فى ب ، م : « عبده » .

الفَسْخَ . قُلْنا : يتضَرَّرْنَ بطُولِ العِدَّةِ ، فإنَّ ابْتِداءَها من حينِ الفَسْخِ ، ولذلك مَلَكْنَ الفسخَ فيما إذا أسْلَمْنَ وعَتَقْنَ قبلَه . فأمَّا إن اخْتَرْنَ المُقامَ ، وقُلْنَ : قد رَضِينا بالزَّوْجِ . فذكَر القاضى أنَّه يَسْقُطُ خِيارُهُنَّ ؛ لأنَّها حالةٌ يَصِحُّ فيها اخْتيارُ الفَسْخِ ، فصَحَّ فيها اخْتيارُ الإقامةِ ، كحالةِ اجْتماعِهِم[15] على الإسلامِ . وقال أصحابُ الشافعىِّ : لا يَسْقُطُ خِيارُهنَّ[16] ؛ لأنَّ اخْتيارَهُنَّ للإقامةِ ضِدٌّ للحالةِ[17] التى هُنَّ عليها ، وهى جَرَيانُهنَّ إلى البَيْنُونةِ ، فلم يَصِحَّ ، كما لو ارْتَدَّتِ الرَّجْعِيَّةُ ، فراجَعَها الزَّوْجُ حالَ رِدَّتِها . وهذا يَبْطُلُ بما إذا قال : إذا جاءَ رأسُ الشَّهْرِ فأنْتِ طالِقٌ[18] . ثم عَتَقَتْ ، فاختارَتْ زَوْجَها .

فصل : وإذا أسْلَم الحُرُّ وتحتَه إماءٌ ، فأُعْتِقَتْ إحْداهُنَّ ، ثم أسْلَمَتْ ، ثم أسْلَمَ البَواقِى ، لم يكُنْ له أن يخْتارَ من الإماءِ ؛ لأنَّه مالِكٌ لِعصْمةِ حُرَّةٍ حين اجْتماعِهِما[19] على الإسلامِ . وإن أسْلَمَتْ إحْداهُنَّ معه ، ثم أُعْتِقَتْ ، ثم أسْلَم البَواقِى ، فله أن يخْتارَ من الإماءِ ؛ لأنَّ العِبْرَةَ بحالِ[20] الاخْتيارِ ، وهى حالةُ اجْتِماعِهِم على الإسلامِ ، وحالةُ اجتماعِهِما على الإسلامِ كانت أمَةً .

فصل : ولو أسلَم وتحته أربعُ إماءٍ ، وهو عادِمٌ لِلطَّوْلِ خائِفٌ للعَنَتِ ، فأسْلَمْنَ معه ، فله أن يخْتارَ منهنَّ واحدةً ، فإن كانت لا تُعِفُّه ، فله أن يختارَ منهنَّ[21] مَن تُعِفُّه ، فى إحْدَى الرِّوايتَيْنِ ، والأُخْرَى لا يخْتارُ إلَّا واحدةً . وهذا مذهبُ الشافعىِّ . وتَوْجيهُهما قد[22] مَضَى فى ابْتداءِ نكاحِ / الإماءِ . وإن عُدِمَ فيه الشَّرْطان ، انْفَسخَ النِّكاحُ فى ٨٢/٧و

---

(١٥) فى ا : « إجماعهم » .
(١٦) فى ب : « اختيارهن » .
(١٧) فى ب : « الحالة » .
(١٨) فى ا ، ب ، م : « طلق » .
(١٩) فى الأصل ، م : « اجتماعها » .
(٢٠) فى ا : « بحالة » .
(٢١) سقط من : ب .
(٢٢) فى الأصل : « ما » .

الكُلِّ ، ولم يكُنْ له خِيارٌ . وبهذا قال الشافعيُّ . وقال أبو ثَوْرٍ : له أن يختارَ منهنَّ ؛ لأنَّه استِدامةٌ للعَقْدِ ، لا ابتداءٌ له ، بدليلِ أنَّه لا يُشْتَرطُ له شُروطُ العَقْدِ ، فأشْبَهَ الرَّجْعَةَ[٢٣] . ولَنا ، أنَّ هذه امرأةٌ لا يجوزُ ابْتداءُ العَقْدِ عليها حالَ الإسْلامِ ، فلم يَمْلِكْ اختيارَها[٢٤] ، كالمُعْتَدَّةِ من غيرِه ، وكذَواتِ مَحارِمه . وأمَّا الرَّجْعةُ فهى قَطْعُ جَرَيانِ النِّكاحِ إلى البَيْنُونةِ ، وهذا إثباتُ النِّكاحِ فى امرأةٍ . وإن كان دَخَلَ بهِنَّ ، ثم أسْلَم ، ثم أسْلَمْنَ فى عِدَّتِهِنَّ ، فالحُكْمُ كذلك . وقال أبو بكرٍ : لا يجوزُ له هـٰهُنا الاختيارُ ، بل يَبِنَّ بمُجَرَّدِ إسْلامِه ، لئلَّا يُفْضِىَ إلى اسْتدامةِ نِكاحِ مُسْلِمٍ فى أمَةٍ كافرةٍ . ولَنا ، أنَّ إسْلامَهُنَّ فى العِدَّةِ بمَنْزِلةِ إسلامِهِنَّ معه ، ولهذا لو كُنَّ حرائرَ مَجُوسِيَّاتٍ أو وَثَنِيَّاتٍ ، فأسْلَمْنَ فى عِدَّتِهِنَّ ، كان ذلك كإسْلامِهِنَّ معه ، وإن لم يُسْلِمْنَ حتى انْقَضَتْ عِدّتُهُنَّ[٢٥] ، انْفَسخَ نِكاحُهُنَّ ، سواءٌ كُنَّ كِتابِيَّاتٍ أو غيرَ كتابياتٍ ؛ لأنَّه لا يجوزُ له[٢٦] اسْتِدامةُ النكاحِ فى أمَةٍ كتابيَّةٍ .

فصل : ولو أسْلَم وهو واجِدٌ للطَّوْلِ ، فلم يُسْلِمْنَ حتى أعْسَرَ ، ثم أسْلَمْن ، فله أن يختارَ منهنَّ ؛ لأنَّ شَرائِطَ النكاحِ تُعْتَبرُ فى وقتِ الاخْتِيارِ ، وهو وقتُ اجْتماعِهِم على الإسلامِ ، وهو حينئذٍ عادِمٌ للطَّوْلِ خائفٌ لِلعَنَتِ ، فكان له الاخْتيارُ . وإن أسلَمَ وهو مُعْسِرٌ ، فلم يُسْلِمْنَ حتى أيْسَرَ ، لم يكُنْ له الاخْتيارُ ؛ لذلك . وإن أسلمتْ واحدةٌ منهنَّ وهو مُوسِرٌ ، ثم أسْلَم البواقِى بعدَ إعْسارِه ، لم يكُنْ له أن يختارَ منهنَّ شيئًا ؛ لأنَّ وقتَ الاخْتيارِ دَخَلَ بإسْلامِ الأُولَى ، ألا تَرَى أنَّه لو كان مُعْسِرًا ، كان له اختيارُها ، فإذا كان مُوسِرًا ، بَطَلَ اختيارُه . وإن أسْلمتِ الأُولَى وهو مُعْسِرٌ ، فلم تُسْلِم البواقِى حتى أيْسَرَ ، لَزِمَ نكاحُ الأُولَى ، ولم يكُنْ له الاخْتيارُ من البواقِى ؛ لأنَّ الأُولَى اجْتَمَعتْ معه فى حالٍ[٢٧]

---

(٢٣) فى الأصل ، ا : « الرجعية » . وانظر ما يأتى .

(٢٤) فى ا : « إجبارها » .

(٢٥) سقط من : ا ، وفى ب : « العدة » .

(٢٦) سقط من : ب .

(٢٧) فى م : « حاله » .

يجوزُ له ابتداءُ نِكاحِها ، بخلافِ البواقِى . ولو أسْلَمَ وأسْلَمْنَ معه وهو مُعْسِرٌ ، فلم يَخْتَرْ حتى أيْسَرَ ، كان له أن يختارَ ؛ لأنَّ حالَ ثُبُوتِ الاخْتيارِ كان له ذلك ، فتَغَيُّرُ[28] حالِه[29] لا يُسْقِطُ ما ثَبَتَ له ، كما لو تزوَّجَ أو اختارَ ثم أيْسَرَ ، لم يَحْرُمْ عليه اسْتِدامةُ النِّكاحِ .

فصل : فإن أسلمَ وأسلمتْ معه واحدةٌ منهنَّ ، وهو ممَّن يجوزُ له نكاحُ الإمَاءِ ، فله أن يخْتارَ مَنْ أسْلَمتْ معه ؛ لأنَّ / له أن يخْتارَها لو أسْلَمْنَ كُلُّهن ، فكذلك إذا أسلمتْ وحدَها . وإن اخْتارَ[30] انْتِظارَ البواقِى جازَ ؛ لأنَّ له غَرَضًا صحيحًا ، وهو أن يكونَ منهنَّ مَنْ هى آثَرُ[31] عندَه من هذه . فإن انْتَظَرَهُنَّ ، فلم يُسْلِمْنَ حتى انْقَضتْ عِدَّتُهُنَّ ، تَبَيَّنَ أنَّ نِكاحَ هذه كان لازِمًا ، وبانَ البواقِى منذ اخْتَلَفَ الدِّينانِ . وإن أسْلَمْنَ فى العِدَّةِ ، اختارَ منهنَّ واحدةً ، وانفسخَ نكاحُ الباقياتِ[32] حينَ الاخْتيارِ ، وعِدَدُهُنَّ[33] من حينِ الاخْتيارِ . وإن أسْلَمَ بعضُهنَّ دون بعضٍ ، بَانَ اللَّائِى لم يُسْلِمْنَ منذ اخْتَلفَ الدِّينانِ ، والبواقِى من حينِ اخْتيارِه[34] . وإن اختارَ التى أسْلَمتْ معه حينَ أسْلَمتْ ، انْقَطَعَتْ[35] عِصْمةُ البواقِى ، وثَبتَ نِكاحُها . فإن أسلمَ البواقِى فى العِدَّةِ ، تَبَيَّنَ أنَّهنَّ بِنَّ منه باخْتيارِه ، وعِدَّتُهنّ من حينئذٍ . وإن لم يُسْلِمْنَ ، بِنَّ باخْتِلافِ الدِّينِ ، وعِدَّتُهُنَّ منه . وإن طَلَّقَ التى أسْلَمَتْ معه ، طَلُقَتْ ، وكان اخْتيارًا لها . وحكمُ ذلك حكمُ ما لو اختارَها صرِيحًا ؛ لأنَّ إيقاعَ طَلَاقِه عليها يتضمَّنُ اخْتِيارَها . فأمَّا إن اخْتارَ فَسْخَ نِكاحِها ، لم يكُنْ له ؛ لأنَّ الباقياتِ لم يُسْلِمْنَ معه ، فما زاد العَدَدُ على ما لَه إمْساكُه فى هذه الحال ، ولا يَنْفَسِخُ نِكاحُها[36] ، ثم نَنْظُرُ ؛ فإن لم يُسْلِمِ البواقِى ، لَزِمَه نِكاحُها ،

٨٢/٧ ظ

---

(٢٨) فى الأصل : « فيعتبر » . وفى م : « فبغير » .
(٢٩) فى م : « حار » .
(٣٠) فى ا ، م : « أحب » .
(٣١) فى ب ، م : « أبر » .
(٣٢) فى م زيادة : « من » .
(٣٣) فى ا : « وعدتهن » .
(٣٤) فى ب ، م : « اختيار » .
(٣٥) فى م : « انقضت » .
(٣٦) فى م : « النكاح » .

وإن أسْلَمْن فاخْتارَ منهنَّ واحدةً ، انْفَسخَ نكاحُ البواقِى ، والأُولَى مَعَهُنَّ . وإن اختارَ الأُولَى التى فَسَخَ نِكاحَها ، صَحَّ اخْتيارُه لها ؛ لأَنَّ فَسْخَه لِنكاحِها [37]لم يَصِحَّ[37] . وفيه وجهٌ آخرُ ذكَره القاضى ، أنَّه لا يَصِحُّ اخْتيارُه لها ؛ لأنَّ فَسْخَه لِنكاحِها[38] إنَّما لم يَصِحَّ مع إقامةِ البواقِى على الكُفْرِ حتى تَنْقَضِىَ العِدَّةُ ، لأنَّنا نتبيَّنُ أنَّ نِكاحَها كان لازِمًا ، فإذا أَسْلَمْنَ لَحِقَ إسلامُهُنَّ بتلكَ الحالِ ، وصار كأنَّهُنَّ أسْلَمْنَ فى ذلك الوقتِ ، فإذا فَسَخَ نِكاحَ إحْداهُنَّ ، صَحَّ الفسخُ ، ولم يكُنْ له [39]أن يَخْتارَها[39] . وهذا يَبْطُلُ بما لو فَسَخَ نِكاحَ إحْداهُنَّ قبلَ إسْلامِها ، فإنَّه لا يَصِحُّ ، ولا يُجْعَلُ إسْلامُهنَّ المَوْجُودُ فى الثانى كالمَوْجُودِ سابقًا ، كذلك هٰهُنا .

فصل : فإن أسْلَمَ وتَحْتَه إماءٌ وحُرَّةٌ ، ففيه ثلاثُ مسائِل ؛ إحْداهُنَّ ، أسْلَمَ وأسْلَمْنَ معه كُلُّهنّ ، فإنَّه يَلْزَمُ نِكاحُ الحُرَّةِ ، ويَنْفَسِخُ نِكاحُ الإماءِ ؛ لأنَّه قادِرٌ على الحُرَّةِ ، فلا يختارُ أمَةً . وقال أبو ثورٍ : له أن يخْتارَ . وقد مَضَى الكلامُ معه . الثانية ، أسْلَمتِ الحُرَّةُ معه دُونَ الإماءِ ، فقد ثَبَتَ نِكاحُها ، وانقطعتْ عِصْمَةُ الإماءِ ، فإن لم يُسْلِمْنَ حتى انْقَضتْ عِدّتُهنَّ ، بِنَّ باخْتِلافِ / الدِّينِ ، وابْتِداءُ عِدَدِهِنَّ[40] من حينَ أسْلَمَ . وإن أسْلَمْنَ فى عِدَدِهنّ ، بِنَّ من حين إسْلامِ الحُرَّةِ ، وعِدَدُهُنَّ من حينِ إسْلامِها . فإن ماتت الحُرَّةُ بعدَ إسْلامِها ، لم يتغيَّرِ الحكمُ بمَوْتِها ؛ لأنَّ مَوْتَها بعدَ ثُبوتِ نِكاحِها وانْفِساخِ نِكاحِ الإماءِ ، لا يُؤثِّرُ فى إباحَتِهِنَّ . الثالثة ، أسْلَمَ الإماءُ دون الحُرَّةِ وهو مُعْسِرٌ ، فلا يخْلُو ؛ إمَّا أن تَنْقَضِىَ عِدَّتُها قبلَ إسلامِها ، فتَبِينُ باخْتِلافِ الدِّينِ ، وله أن يخْتارَ من الإماءِ ؛ لأنَّه لم يَقْدِرْ على الحُرَّةِ ، أو تُسْلِمَ فى عِدَّتِها ، فيَثْبُتُ نِكاحُها ، ويَبْطُلُ نِكاحُ الإماءِ ، كما لو أسْلَمْنَ دَفْعةً واحدةً ، وليس له أن يختارَ من الإماءِ قبلَ إسْلامِها

٨٣/٧و

(٣٧ – ٣٧) فى الأصل : « ما صح » .

(٣٨) سقط من : الأصل ، ا ، ب .

(٣٩ – ٣٩) فى الأصل : « اختيارها » .

(٤٠) فى م : « عدتهن » .

وانْقضاءِ[٤١] عِدَّتِها ؛ لأنَّنا لا نعلمُ أنَّها لا تُسْلِمُ ، فإن طَلَّقَ الحُرَّةَ ثلاثًا قبلَ إسلامِها ، ثم لم تُسْلِمْ ، لم يَقَعِ[٤٢] الطَّلاقُ ؛ لأنَّا تبيَّنَّا أنَّ النكاحَ انْفسخَ باخْتِلافِ الدِّينِ ، وله الاختيارُ من الإماءِ ، وإن أسْلَمتْ فى عِدَّتها ، بانَ أنَّ نِكاحَها كان ثابتًا ، وأنَّ الطَّلاقَ وَقَعَ فيه[٤٣] ، والإماءُ بِنَّ بثُبُوتِ نِكاحِها قبلَ الطَّلاقِ .

فصل : وإن أسلمَ وتحتَه إماءٌ وحُرَّةٌ ، فأسْلَمْنَ ، ثم عَتَقْنَ قبلَ إسْلامِها ، لم يكُنْ له أن يخْتارَ منهنَّ ؛ لأنَّ نِكاحَ الأَمَةِ لا يجوزُ لقادِرٍ على حُرَّةٍ ، وإنَّما يُعْتَبَرُ حالُهنَّ حالَ ثُبُوتِ الاخْتيارِ ، وهو حالةُ اجتماعِ إسْلامِه وإسْلامِهِنَّ ، ثم نَنْظُرُ ؛ فإن لم تُسلِم الحُرَّةُ ، فله الاخْتيارُ منهنَّ ، ولا يخْتارُ إلَّا واحدةً ، اعتبارًا بحالةِ[٤٤] اجْتماعِ إسلامِه وإسلامِهِنَّ ، وإن أسْلَمتْ فى عِدَّتِها ، ثَبَتَ نِكاحُها ، وانْقَطعتْ عِصْمَتُهنَّ ، فإن كان قد اختارَ واحدةً من المُعْتَقاتِ فى عِدَّةِ الحُرَّةِ ، ثم لم تُسلِمْ ، فلا عِبْرةَ باخْتيارِه ، وله أن يخْتارَ غيرَها ؛ لأنَّ الاخْتِيارَ لا يكونُ موقوفًا ، فأمَّا إن عَتَقْنَ قبلَ أن يُسْلِمْنَ ، ثم أسْلَمْنَ واجْتَمَعْنَ[٤٥] معه على الإسلامِ وهُنَّ حرائرُ ، فإن كان جميعُ الزَّوْجاتِ أرْبعًا فما دُونَ ، ثَبَتَ نِكاحُهُنَّ ، وإن كُنَّ زائداتٍ على أرْبعٍ ، فله أن يخْتارَ منهنَّ أرْبعًا ، وتَبْطُلُ عِصْمةُ الخامسةِ ؛ لأنَّهُنَّ صِرْنَ حرائرَ فى حالةِ الاخْتيارِ ، وهى حالةُ اجتماعِ إسْلامِه وإسْلامِهِنَّ ، فصار حُكْمُهنَّ حُكْمَ الحرائرِ الأصْلِيّاتِ ، وكما لو أُعْتِقْنَ قبلَ إسْلامِه وإسْلامِهِنَّ ، ولو أسْلَمْنَ قبلَه ، ثم أُعْتِقْنَ ، ثم أسْلَمَ ، فكذلك ، ويكونُ الحكمُ فى هذا كما لو أسْلَمَ وتحتَه خَمْسُ حَرائِرَ[٤٦] أو أكثرُ ، على ما مَرَّ تَفْصِيلُه[٤٦] .

---

(٤١) فى الأصل ، ا : « وقضاء » . وفى ب : « أو قضاء »

(٤٢) فى ا ، ب ، م : « يقطع » .

(٤٣) فى ب : « عنه » .

(٤٤) فى م : « لحالة » .

(٤٥) فى الأصل : « واجتمعت » .

(٤٦ – ٤٦) سقط من : ب .

فصل : ولو أسْلَمَ وتحته خَمْسُ حرائرَ ، فأسْلَم معه منهنَّ اثْنتان ، احْتَمَلَ أن يُجْبَرَ على اخْتيارِ إحْداهما ؛ لأنَّه لابُدَّ أن يَلْزَمَه نِكاحُ / واحدةٍ منهما ، فلا معنى لِانْتِظارِ الْبَواقِى ٨٣/٧ ظ فإذا اختارَ واحدةً ، ولم يُسْلِم البواقِى ، لَزِمَه نِكاحُ الثانيةِ . وكذلك إن لم يُسْلِمْ من البواقِى إلَّا اثْنَتان ، لَزِمَه نِكاحُ الأربع . وإن أسْلَمَ الجميعُ فى العِدَّةِ ، كُلِّفَ أن يخْتارَ ثلاثًا مع التى اختارَها أوَّلًا ، وينْفَسِخُ نِكاحُ الباقيةِ . وعلى هذا لو أسلمَ معه ثلاثٌ ، كُلِّفَ اخْتيارَ اثْنتَيْنِ . وإن أسلَم معه أربَعٌ ، كُلِّفَ اخْتيارَ ثلاثٍ منهنَّ ، إذ لا معنى لِانْتِظارِه الخامسةَ[٤٧] . ونِكاحُ ثلاثٍ منهنَّ لازِمٌ له على كلِّ حال . ويَحْتَمِلُ أن لا يُجْبَرَ على الاختيارِ ؛ لأنَّه إنَّما يكونُ عند زيادةِ العَدَدِ على أربَعٍ ، وما وُجِدَ ذلك ، وكذلك لو أسْلَمَتْ معه واحدةٌ من الإماءِ ، لم يُجْبَرْ على اخْتيارِها ، كذا هٰهُنا . والصحيحُ هٰهُنا أنَّه[٤٨] يُجْبَرُ على اخْتيارِها ؛ لما ذكَرْنا من المعنى . وأمَّا الأمَةُ ، فقد يكونُ له غَرَضٌ فى اخْتيارِ غيرِها ؛ بخلافِ مَسْألَتِنا .

١١٧١ ــ مسألة ؛ قال : (**وإذَا تَزَوَّجَهَا ، وهُمَا كِتَابِيَّانِ ، فَأَسْلَمَ قَبْلَ الدُّخُولِ ، أوْ بَعْدَهُ ، فَهِىَ زَوْجَتُهُ ، وإنْ كَانَتْ هِىَ المُسْلِمَةَ قَبْلَهُ وقَبْلَ الدُّخُولِ ، انْفَسَخَ النِّكَاحُ ، ولَا مَهْرَ لَهَا**)

وجملةُ ذلك أنَّه إذا أسْلَم زَوْجُ الكِتابيَّةِ قبلَ الدُّخولِ أو بعدَه ، أو أسْلَما معًا ، فالنِّكاحُ باقٍ بحالِه ، سواءٌ كان زَوْجُها كِتابِيًّا أو غيرَ كتابىٍّ ؛ لأنَّ للمُسْلِمِ أن يَبْتَدِئَ نكاحَ كتابيَّةٍ ، فاسْتِدَامتُه[١] أوْلَى . ولا خِلافَ فى هذا بين القائلينَ بإجَازةِ نكاحِ الكتابيَّةِ . فأمَّا إن أسْلَمتِ الكتابيَّةُ[٢] قبلَه وقبلَ الدُّخولِ ، تُعُجِّلَتِ الفُرْقَةُ ، سواءٌ كان زَوْجُها كتابِيًّا أو غيرَ كتابىٍّ ؛ إذ لا يجوزُ لكافِرٍ نِكاحُ مُسْلِمةٍ . قال ابنُ الْمُنْذِرِ : أجْمَعَ على هذا كلُّ مَنْ أحْفَظُ[٣] عنه من أهْلِ العِلْمِ . وإن كان إسلامُها بعدَ الدخولِ ، فالحُكْمُ فيه كالحُكْمِ فيما لو أسْلَمَ أحدُ الزَّوْجَيْنِ الوَثَنِيَّيْنِ[٢] ، على ما تقدَّم . وإذا كانت هى

---

(٤٧) فى ب : « للخامسة » .

(٤٨) فى ا ، م : « أن » .

(١) فى ب ، م : « فاستدامة » .

(٢) سقط من : الأصل .

(٣) فى م : « نحفظ » .

المُسْلِمةَ قبلَ الدُّخولِ ، فلا مَهْرَ لها ؛ لأنَّ الفَسْخَ منها . وقد مضَى الكلامُ فى هذا أيضا بما فيه كِفايةٌ .

فصل : وإذا تزوَّجَ الْمَجُوسِيُّ كِتابِيَّةً ، ثم تَرَافَعا إلينا قبلَ الإسلامِ ، فُرِّقَ بينهما . قال أحمدُ ، فى مَجُوسِيٍّ تزوَّجَ كتابِيَّةً : يُحالُ بينَه وبينها . قيل : مَنْ يَحُولُ بينَه وبينَ ذلك ؟ قال : الإمامُ . ويَحْتَمِلُ هذا الكلامُ أن يُحالَ بينهما وإن لم يَترافَعا إلينا ؛ لأنَّها أعْلَى دِينًا منه ، فيُمْنَعُ نِكاحَها كما يُمْنَعُ[٤] الذِّمِّيُّ نِكاحَ المُسْلِمةِ . وإن تزوَّجَ الذِّمِّيُّ وَثَنِيَّةً أو مَجُوسِيَّةً ، ثم ترافَعُوا إلينا ، ففيه وجهان ؛ أحدهما ، يُقَرُّ على نِكاحِها ؛ لأنَّها ليست أعْلَى دِينًا منه ، فيُقَرُّ على نِكاحِها ، كما يُقَرُّ المسلمُ على نِكاحِ / الكتابِيَّةِ . والثانى ، لا يُقَرُّ على نِكاحِها ؛ لأنَّها ممَّن لا يُقَرُّ المُسْلِمُ على نكاحِها ، فلا يُقَرُّ الذِّمِّيُّ على نكاحِها ، كالمُرْتَدَّةِ .

٨٤/٧و

١١٧٢ – مسألة ؛ قال : (وَمَا سَمَّى لَهَا ، وَهُمَا كَافِرَانِ ، فَقَبَضَتْهُ ، ثُمَّ أَسْلَمَا ، فَلَيْسَ لَهَا غَيْرُهُ ، (١وإنْ كَانَ حَرَامًا١) . ولَوْ لَمْ تَقْبِضْهُ ، وَهُوَ حَرَامٌ ، فَلَهَا عَلَيْهِ مَهْرُ مِثْلِهَا ، أو نِصْفُهُ ، حَيْثُ أَوْجَبَ ذٰلِكَ)

وجملتُه أنَّ الكُفَّارَ إذا أسْلَمُوا ، وتَحاكَمُوا إلينا بعدَ العَقْدِ والقَبْضِ ، لم نتعرَّضْ لما[٢] فَعَلُوه ، وما قَبَضَتْ من المَهْرِ فقد نَفَذَ ، وليس لها غيرُه ، حلالًا كان أو حرامًا ، بدليل قوله تعالى : ﴿ يَـٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ ٱتَّقُواْ ٱللَّهَ وَذَرُواْ مَا بَقِيَ مِنَ ٱلرِّبَوٰٓاْ ﴾[٣] . فأمَرَ بتَرْكِ ما بَقِىَ دونَ ما قُبِضَ . وقال تعالى : ﴿ فَمَن جَآءَهُۥ مَوْعِظَةٌ مِّن رَّبِّهِۦ فَٱنتَهَىٰ فَلَهُۥ مَا سَلَفَ وَأَمْرُهُۥٓ إِلَى ٱللَّهِ ﴾[٤] . ولأنَّ التَّعرُّضَ للمَقْبُوضِ بإبْطالِه يَشُقُّ ، لتطاوُلِ الزَّمانِ ، وكَثْرةِ

---

(٤) فى الأصل ، ا : « منع » .

(١ – ١) سقط من : الأصل .

(٢) فى ا ، م : « إلى ما » .

(٣) سورة البقرة ٢٧٨ .

(٤) سورة البقرة ٢٧٥ .

تَصرُّفاتِهم فى الحَرامِ ، ففيه تَنْفيرُهم عن الإسْلامِ ، فعُفِى عنه ، كما عُفِىَ عمَّا تَركُوه من الفَرائضِ والواجباتِ ، ولأنَّهما تَقابَضا بحُكْمِ الشِّرْكِ ، فبَرِئَتْ ذِمَّةُ مَنْ هو عليه منه ، كما لو تَبايعا بَيْعًا فاسِدًا وتَقابَضا . وإن لم يتَقابضَا ، فإن كان المُسَمَّى حلالًا ، وَجَبَ ما سَمَّياه ؛ لأنَّه مُسَمًّى صحيحٌ فى نِكاحٍ صحيحٍ ، فوَجَبَ ، كتَسْمِيَةِ المُسْلِمِ ، وإن كان حَرامًا ، كالخَمْرِ والخِنْزِيرِ ، بَطَلَ ، ولم يُحْكَمْ به ؛ لأنَّ ما سَمَّياه لا يجوزُ إيجابُه فى الحُكْمِ ، ولا يجوزُ أن يكونَ صَداقًا لمُسلمةٍ ، ولا فى نِكاحِ مُسْلِمٍ ، ويجبُ مَهْرُ المِثْلِ إن كان بعدَ الدُّخولِ ، ونِصْفُه إن وقعتِ الفُرْقةُ قبلَ الدُّخولِ . وهذا معنى قولِه : حيثُ أوْجَبَ ذلك . وبهذا قال الشافعىُّ وأبو يوسفَ . وقال أبو حنيفةَ : إن كان أصْدَقَها[5] خَمْرًا أو خِنْزيرًا مُعَيَّنَيْنِ ، فليس لها إلَّا ذلك ، وإن كانَا غيرَ مُعَيَّنَيْنِ ، فلها فى الخَمْرِ القيمةُ ، وفى الخِنْزيرِ مَهْرُ المِثْلِ ، اسْتِحْسانًا . ولَنا ، أنَّ الخمرَ لا قيمةَ لها فى الإِسلامِ ، فكان الواجبُ مَهْرَ المِثْلِ ، كما لو أصْدَقها خِنْزِيرًا ، ولأنَّه مُحَرَّمٌ ، فأشْبَهَ ما ذكَرنا .

فصل : وإن قَبَضَتْ بعضَ الحرامِ دُونَ بعضٍ ، سَقَطَ من المَهْرِ بقَدْرِ ما قُبِضَ ، ووَجَبَ بحِصَّةِ ما بَقِىَ من مَهْرِ المِثْلِ ، فإن كان الصَّداقُ عَشرةَ زِقاقِ خَمْرٍ مُتَساوِيةً ، فقَبَضَتْ[6] خَمْسًا منها ، سَقَطَ نِصفُ المَهْرِ ، ووَجَبَ لها نِصفُ مَهْرِ المِثْلِ ، وإن كانت مختلفةً ، اعْتُبِرَ ذلك بالكَيْلِ ، فى أحَدِ الوَجْهَيْنِ ؛ / لأنَّه إذا وَجَبَ اعْتِبارُه ، اعْتُبِرَ بالكَيْلِ فيما له مِثْلٌ يتأتَّى الكيلُ فيه . والثانى ، يُقَسَّمُ على عَدَدِها ؛ لأنَّه لا قِيمةَ لها ، فاسْتَوَى صغيرُها وكبيرُها . وإن أصْدَقَها عشرةَ خنازِيرَ ، ففيه الوَجْهان ؛ أحدهما ، يُقَسَّمُ على عددِها ؛ لما ذكرنا ، والثانى ، يُعْتَبرُ قِيمَتُها كأنَّها[7] ممَّا يجوزُ بَيْعُه ، كما تُقَوَّمُ شِجَاجُ الحُرِّ كأنَّه عَبْدٌ . وإن أصْدَقها كَلْبًا وخِنْزِيرَيْنِ[8] وثلاثةَ زِقاقِ خَمْرٍ ، ففيه ثلاثةُ

٨٤/٧ظ

(٥) فى الأصل ، م : « صداقها » .

(٦) فى ا ، م : « فقبلت » .

(٧) فى الأصل : « كأنه » .

(٨) فى م : « وخنزيرا » .

أَوْجُهٍ ؛ أحدها ، يُقَسَّمُ على قَدْرِ قِيمَتِها عندَهم . والثانى ، يُقَسَّمُ على عَدَدِ الأَجْناسِ ، فيُجْعَلُ لكلِّ جِنْسٍ ثُلُثُ المَهْرِ . والثالث ، يُقَسَّمُ على العددِ كُلِّه ، فلِكُلِّ واحِدٍ سُدسُ المَهْرِ ، فلِلكَلْبِ سُدسُه ، ولكُلِّ واحِدٍ من الخِنْزِيرَيْنِ والزِّقاقِ سدسُه . ومذهبُ الشافعىِّ فيه على نحوٍ من هذا .

فصل : فإن نَكَحَها نِكاحًا فاسدًا ، وهو مالا يُقَرُّونَ عليه إذا أسْلَمُوا ، كنِكاحِ ذَواتِ الرَّحِمِ(٩) المَحْرَمِ ، فأَسْلَما قبلَ الدُّخولِ ، أو ترافَعُوا إلينا ، فُرِّقَ بينهما ، ولا مَهْرَ لها . قال أحمدُ ، فى المَجُوسِيَّةِ تكونُ تحتَ أخِيها أو أبِيها ، فيُطَلِّقُها أو يموتُ عنها ، فتَرْتَفِعُ(١٠) إلى المسلمينَ بطَلَبِ مَهْرِها : لا مَهْرَ لها . وذلك لأنَّه نكاحٌ باطلٌ من أصْلِه ، لا يُقَرُّ عليه فى الإسلامِ ، وحَدَثَ(١١) فيه الفُرْقةُ قبلَ الدُّخولِ . فأمَّا إن دَخَلَ بها ، فهل يجبُ لها(١٢) مَهْرُ المِثْلِ ؟ يُخَرَّجُ على الرِّوَايتَيْن فى المسلمِ إذا وَطِئَ امرأةً من مَحارِمِه بشُبْهةٍ .

فصل : إذا تزوَّجَ ذِمِّىٌّ ذِمِّيَّةً ، على أنْ لا صَداقَ لها ، أو سَكَتَ عن ذكرِه ، فلها المطالبةُ بفَرْضِه ، إن كان قبلَ الدُّخولِ ، وإن كان بعدَه ، فلها مهرُ المِثْلِ ، كما فى نِكاحِ المسلمينَ . وبهذا قال الشافعىُّ . وقال أبو حنيفةَ : إن تزوَّجها على أن لا مَهْرَ لها ، فلا شىءَ لها ، وإن سَكَتَ عن ذِكْرِه ، ففيه رِوَايتان ؛ إحداهما ، لا مَهْرَ لها . والأُخْرَى : لها مَهْرُ(١٣) المِثْلِ . واحْتَجَّ بأنَّ المهرَ يجبُ لحَقِّ اللهِ تعالى وحَقِّها ، وقد أسْقَطَتْ حَقَّها ، والذِّمِّىُّ لا يُطالَبُ بحَقِّ اللهِ تعالى . ولَنا ، أنَّ هذا نكاحٌ خَلَا عن تَسْمِيَةٍ ، فيجبُ للمرأةِ فيه مَهْرُ المِثْلِ كالمُسْلمةِ ، وإنَّما وَجَبَ المهرُ فى حَقِّ المُفَوِّضةِ لئلَّا تَصِيرَ كالمَوْهُوبةِ والمُباحةِ ، وهذا يُوجَدُ فى حَقِّ الذمىِّ .

---

(٩) فى ا : « المحارم » .

(١٠) فى ا ، م : « فترفع » .

(١١) فى م : « وحصل » .

(١٢) سقط من : ب .

(١٣) سقط من : م .

فصل : إذا ارْتَفَعُوا إلى الحاكِمِ فى ابتداءِ العَقْدِ ، لم يُزَوِّجْهُم إلَّا بشُرُوطِ نكاحِ المسلمينَ ؛ لقولِ اللهِ عز وجل : ﴿ وَإِنْ حَكَمْتَ فَاحْكُمْ بَيْنَهُم بِالْقِسْطِ ﴾[14] . وقوله : ﴿ وَأَنِ احْكُمْ بَيْنَهُمْ بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ ﴾[15] . / ولأنَّه لا حاجةَ إلى عَقْدِه ، بخِلافِ ذلك . ٨٥/٧و

وإن أسْلَمُوا ، أو ترافَعُوا[16] إلينا بعدَ العَقْدِ ، لم نَتَعَرَّضْ لكَيْفِيَّةِ عَقْدِهم ، ونَظَرْنا فى الحالِ ؛ فإن كانت المرأةُ ممَّن يجوزُ عَقْدُ النكاحِ عليها ابتداءً ، أقَرَّهُما ، وإن كانت ممَّن لا يجوزُ ابتداءُ نِكاحِها ، كذواتِ مَحْرَمِه ، فُرِّقَ بينهما . فإن تزوَّجَ مُعْتَدَّةً وأسْلَما ، أو ترافَعا فى عِدَّتِها ، فُرِّقَ بينهما ؛ لأنَّه لا يجوزُ ابتداءُ نِكاحِها ، وإن كان بعدَ انْقضائِها ، أُقِرَّ لجَوازِ ابْتداءِ نِكاحِها . وإن كان بينهما نِكاحُ مُتْعةٍ ، لم يُقَرَّا عليه ؛ لأنَّه إن كان بعدَ المُدَّةِ ، فلم يَبْقَ بينهما نِكاحٌ ، وإن كان فى المُدَّةِ ، فهما لا يَعْتَقِدانِ تأْبِيدَه ، والنكاحُ عَقْدٌ مُؤَبَّدٌ ، إلَّا أن يكونا ممَّن يَعْتَقِدُ إفْسادَ الشَّرْطِ وصِحَّةَ النكاحِ مُؤَبَّدًا ، فيُقَرَّانِ عليه . وإن كان بينهما نِكاحٌ شُرِطَ[17] فيه الخِيارُ متى شاءَا أو شاءَ أحَدُهما ، لم يُقَرَّا عليه ؛ لأنَّهما لا يَعْتَقِدان لُزُومَه ، إلَّا أن يَعْتَقِدَا فَسادَ الشَّرْطِ وَحْدَه . وإن كان خِيارَ مُدَّةٍ ، فأسْلَما فيها ، لم يُقَرَّا ؛ لذلك . وإن كان بعدَها أُقِرَّا ؛ لأنَّهما يعْتَقِدانِ لُزُومَه . وكلُّ ما اعْتَقَدُوه ، فهو نكاحٌ يُقَرُّونَ عليه ، ومالا فلا ، فلو مَهَرَ حَرْبِيٌّ حَرْبِيَّةً ، فوَطِئَها ، أو طاوَعَتْه ، ثم أسْلَما ، فإن كان ذلك فى اعْتقادِهم نِكاحًا ، أُقِرَّا عليه ؛ لأنَّه نِكاحٌ لهم فى مَن يجوزُ ابْتِداءُ نِكاحِها ، فأُقِرَّا عليه ، كالنِّكاحِ بلا وَلِيٍّ ، وإن لم يَعْتَقِدَاهُ نِكاحًا ، لم يُقَرَّا عليه .

فصل : وأنْكِحَةُ الكُفَّارِ تتعَلَّقُ بها أحكامُ النكاحِ الصَّحيحِ ، من وُقُوعِ الطَّلَاقِ ، والظِّهارِ ، والإيلاءِ ، ووُجُوبِ المَهْرِ ، والقَسْمِ ، والإباحةِ للزَّوْجِ الأوَّلِ ،

---

(١٤) سورة المائدة ٤٢ .

(١٥) سورة المائدة ٤٩ .

(١٦) فى ا ، ب ، م : « وترافعوا » .

(١٧) فى م : « شرطه » .

والإحْصانِ ، وغير ذلك . وممَّن أجازَ طَلَاقَ الكُفّارِ ، عَطاءٌ ، والشَّعْبِيُّ ، والنَّخَعِيُّ ، والزُّهْرِيُّ ، وحَمَّادٌ ، والثَّوْرِيُّ ، والأَوْزَاعِيُّ ، والشافعيُّ ، وأصْحابُ الرَّأْيِ . ولم يُجَوِّزْهُ الحسنُ ، وقَتادةُ ، ورَبِيعةُ ، ومالكٌ . ولَنا ، أنَّه طلاقٌ من بالغٍ عاقلٍ فى نكاحٍ صحيحٍ ، فوَقَعَ ، كطَلَاقِ المسلمِ . فإن قيلَ : لا نُسَلِّمُ صِحّةَ أنْكِحَتِهم . قُلْنا : دليلُ ذلك أنَّ الله تعالى أضافَ النِّساءَ إليهم ، فقال : ﴿ وَٱمْرَأَتُهُ حَمَّالَةَ ٱلْحَطَبِ ﴾[18] . وقال : ﴿ ٱمْرَأَتَ فِرْعَوْنَ ﴾[19] . وحَقِيقةُ الإضافةِ تَقْتَضِى زَوْجِيَّةً صحيحةً . وقال النَّبِىُّ ﷺ : « وُلِدْتُ مِنْ نِكَاحٍ ، لَا مِنْ سِفَاحٍ »[20] . وإذا ثَبَتَ صِحّتُها ، ثَبَتَتْ أحكامُها ، كأنْكِحةِ المُسْلِمينَ . فعلى هذا ، إذا طَلَّقَ الكافرُ ثلاثًا ، ثم تزَوَّجَها قبلَ زَوْجٍ ، وأصَابَها[21] ، ثم أسْلَما ، لم يُقَرَّا عليه . وإن طَلَّقَ امْرأتَه أقَلَّ من ثلاثٍ ، / ثم أسْلَما ، فهى عندَه على ما بَقِىَ من طَلاقِها . وإن نَكَحَها كِتابِىٌّ وأصابَها ، حَلَّتْ لمُطَلِّقِها ثلاثًا ، سواءٌ كان المُطَلِّقُ مُسْلِمًا أو كافِرًا . وإن ظاهَرَ الذِّمِّىُّ من امْرأتِه ، ثم أسْلَما ، فعليه كَفّارةُ الظِّهارِ ؛ لقوله تعالى : ﴿ وَٱلَّذِينَ يُظَاهِرُونَ مِن نِّسَائِهِمْ ﴾[22] . وإن آلَى ، ثَبَتَ حُكْمُ الإيلاءِ ؛ لقولِه تعالى : ﴿ لِّلَّذِينَ يُؤْلُونَ مِن نِّسَائِهِمْ ﴾[23] .

٧/٨٥ظ

فصل : ويَحْرُمُ عليهم فى النكاحِ ما يَحْرُمُ على المسلمينَ ، [24]على ما[24] ذكَرْنا فى البابِ قبلَه ، إلَّا أنَّهم يُقَرُّونَ على الأنْكِحةِ المُحَرَّمةِ بشَرْطين ؛ أحدهما ، أن لا يترافعُوا إلينا . والثانى ، أن يَعْتَقِدُوا إباحةَ ذلك فى دِينِهم ؛ لأنَّ اللهَ تعالى قال : ﴿ فَإِنْ جَاءُوكَ

---

(١٨) سورة المسد ٤ .

(١٩) سورة القصص ٩ ، وسورة التحريم ١١ .

(٢٠) تقدم تخريجه فى : ٩ / ٣٣٩ .

(٢١) فى الأصل ، ا ، ب : « وأصابه » .

(٢٢) سورة المجادلة ٣ .

(٢٣) سورة البقرة ٢٢٦ .

(٢٤ - ٢٤) فى الأصل : « مما » .

فَاحْكُمْ بَيْنَهُم أَوْ أَعْرِضْ عَنْهُمْ وَإِنْ تُعْرِضْ عَنْهُمْ فَلَنْ يَضُرُّوكَ شَيْئًا ﴾[25] . فيدُلُّ[26] هذا على أنَّهم يُخَلَّوْنَ وأحْكامَهم إذا لم يَجِيئُوا إلينا ، ولأنَّ النَّبىَّ ﷺ أخذ الجِزْيَةَ من مَجُوسِ هَجَرَ[27] ، ولم يَعْتَرِضْ[28] عليهم فى أحكامِهم ولا فى أنْكِحَتِهم ، مع عِلْمِه أنَّهم يَسْتَبِيحُون نكاحَ مَحارِمِهم . وقد رُوِىَ عن أحمدَ ، فى مَجُوسِىٍّ[29] تزوجَ نَصْرانيَّةً[30] ، قال : يُحالُ بينه وبينَها . قيل : مَنْ يَحُولُ بينهما ؟ قال : الإمامُ . قال أبو بكر ؛ لأنَّ عَلَيْنا ضَرَرًا فى ذلك . يعنى بتَحْرِيمِ أولادِ النَّصْرانيَّةِ علينا . وهكذا يجىءُ على قولِه فى تَزْوِيجِ النَّصْرانِىِّ الْمَجُوسِيَّةَ ، ويجىءُ على هذا القولِ أن يُحالَ بينهم وبين نكاحِ مَحارِمِهم ؛ فإنَّ عمرَ ، رَضِىَ اللهُ عنه ، كَتَبَ ، أن فَرِّقُوا بينَ كلِّ ذِى[31] مَحْرَمٍ من المَجُوسِ[32] . وقال أحمدُ ، فى مَجُوسِىٍّ مَلَكَ أمةً نَصْرانيَّةً : يُحالُ بينه وبينها ، ويُجْبَرُ على بَيْعِها ؛ لأنَّ النَّصارَى لهم دِينٌ . فإن مَلَكَ نَصْرانىٌّ مَجُوسِيَّةً ، فلا بأسَ أن يَطَأَها . وقال أبو بكرٍ عبدُ العزيز : لا يجوزُ له وَطْؤُها أيضا ؛ لما ذكَرْناه من الضَّرَرِ .

١١٧٣ ـ مسألة ؛ قال : (وَلَوْ تزَوَّجَهَا ، وَهُمَا مُسْلِمانِ ، فَارْتَدَّتْ قَبْلَ الدُّخُولِ ، انْفَسَخَ النِّكَاحُ ، وَلَا مَهْرَ لَهَا . وإنْ كَانَ هُوَ المُرْتَدَّ قَبْلَهَا وقَبْلَ الدُّخُولِ ، فَكَذٰلِكَ ، إلَّا أنَّ عَلَيْهِ نِصْفَ الْمَهْرِ)

---

(٢٥) سورة المائدة ٤٢ .

(٢٦) فى م : « فدل » .

(٢٧) أخرجه البخارى ، فى : باب الجزية والموادعة مع أهل الحرب ، من كتاب الجزية . صحيح البخارى ٤ / ١١٧ . وأبو داود ، فى : باب أخذ الجزية من المجوس ، من كتاب الخراج . سنن أبى داود ٢ / ١٥٠ . والترمذى ، فى : باب ما جاء فى أخذ الجزية من المجوس ، من أبواب السير . عارضة الأحوذى ٧ / ٨٥ . والإمام مالك ، فى : باب جزية أهل الكتاب والمجوس ، من كتاب الزكاة . الموطأ ١ / ٢٧٨ . والإمام أحمد ، فى : المسند ١ / ١٩٠ ، ١٩١ .

(٢٨) فى ا : « يتعرض » .

(٢٩) فى م : « المجوسى » .

(٣٠) فى م : « نصرانيا » . .

(٣١) سقط من : م . وفى ا : « ذى رحم » .

(٣٢) أخرجه البخارى ، وأبو داود ، والإمام أحمد ، فى المواضع السابقة .

وجملةُ ذلك أنَّه إذا ارْتَدَّ أحدُ الزَّوْجَيْنِ قبلَ الدُّخولِ ، انْفسخَ النِّكاحُ ، فى قولِ عامَّةِ أهلِ العلمِ ، إلَّا أنَّه حُكِىَ عن داودَ ، أنَّه لا ينْفسِخُ بالرِّدَّةِ ، لأنَّ الأصْلَ بقاءُ النِّكاحِ . ولَنا ، قولُ الله تعالى : ﴿ وَلَا تُمْسِكُواْ بِعِصَمِ ٱلْكَوَافِرِ ﴾[1] . وقال تعالى : ﴿ فَلَا تَرْجِعُوهُنَّ إِلَى ٱلْكُفَّارِ لَا هُنَّ حِلٌّ لَهُمْ وَلَا هُمْ يَحِلُّونَ لَهُنَّ ﴾[1] . ولأنَّه اخْتلافُ دِينٍ يمنعُ الإصابةَ ، فأوْجبَ فَسْخَ النِّكاحِ ، كما لو أسْلَمَتْ تحتَ كافرٍ . ثم يُنْظَرُ ؛ فإن كانت المرأةُ هى المُرْتَدَّةَ ، فلا مَهْرَ لها ؛ لأنَّ الفَسْخَ من قِبَلِها ، وإن كان / الرجلُ هو المُرْتَدَّ ، فعليه نِصْفُ المَهْرِ ؛ لأنَّ الفَسْخَ من جِهَتِه ، فأشْبَهَ ما لو طَلَّقَ ، وإن كانت التَّسْمِيةُ فاسدةً ، فعليه نِصْفُ [2]مَهْرِ المِثْلِ[2] .

٨٦/٧و

١١٧٤ – مسألة ؛ قال : (**وَإِنْ كَانَتْ رِدَّتُهَا بَعْدَ الدُّخُولِ ، فَلَا نَفَقَةَ لَهَا . وَإِنْ لَمْ تُسْلِمْ حَتَّى انْقَضَتْ عِدَّتُهَا ، انْفَسَخَ نِكَاحُهَا ، وَلَوْ كَانَ هُوَ الْمُرْتَدَّ [1]بَعْدَ الدُّخُولِ[1] ، فَلَمْ يَعُدْ إِلَى الْإِسْلَامِ حَتَّى انْقَضَتْ عِدَّتُهَا ، انْفَسَخَ النِّكَاحُ مُنْذُ اخْتَلَفَ الدِّينَانِ**)

اخْتلَفتِ الرِّوايةُ عن أحمدَ ، فيما إذا ارْتَدَّ أحدُ الزَّوْجَيْنِ بعدَ الدُّخولِ ، حسب اخْتِلافِها فيما إذا أسْلَمَ أحدُ الزَّوْجَيْنِ الكافِرَيْنِ ، ففى إحْداهما تُتَعَجَّلُ الفُرْقةُ . وهو قولُ أبى حنيفةَ ، ومالكٍ . ورُوِى ذلك عن الحسنِ ، وعمرَ بن عبد العزيزِ ، والثَّوْرِىِّ ، وزُفَرَ ، وأبى ثَوْرٍ ، وابنِ المُنْذِرِ ؛ لأنَّ ما أوْجَبَ فَسْخَ النكاحِ اسْتَوَى فيه ما قبلَ الدُّخولِ وبعدَه ، كالرَّضاعِ . والثانية ، يَقِفُ على انْقِضاءِ العِدَّةِ ، فإن أسْلَمَ المُرْتَدُّ قبلَ انْقِضائِها ، فهما على النكاحِ ، وإن لم يُسْلِمْ حتى انْقَضتْ ، بانَتْ مُنْذُ اخْتَلَفَ الدِّينان . وهذا مذهبُ الشافعىِّ ؛ لأنَّه لَفْظٌ تَقَعُ به الفُرْقةُ ، فإذا وُجِدَ بعدَ الدخولِ ، جاز أن يَقِفَ على انْقِضاءِ العِدَّةِ ، كالطَّلاقِ الرَّجْعِىِّ ، أو اخْتلافِ دِينٍ بعدَ الإصابةِ ، فلا يُوجِبُ فَسْخَه فى الحال ، كإسْلامِ الحَرْبِيَّةِ تحتَ الحَرْبِىِّ ، وقياسُه على إسْلامِ أحدِ الزَّوْجينِ أقْرَبُ من

---

(١) سورة الممتحنة ١٠ .

(٢ – ٢) فى الأصل : « المهر » .

(١) سقط من : ا ، ب ، م .

قِياسِه على الرَّضَاعِ . فأمَّا النَّفَقةُ ، فإن قُلْنا بتَعْجِيلِ[٢] الفُرْقةِ ، فلا نفَقَةَ لها ؛ لأنَّها بائِنٌ منه . وإن قُلْنا : يَقِفُ على انْقِضاءِ العِدَّةِ . وكانت المرأةُ المُرْتَدّةَ ، فلا نَفَقةَ لها ؛ لأنَّه لا سَبِيلَ للزَّوْجِ إلى رَجْعَتِها ، وتَلافِي نِكاحِها ، فلم يَكُنْ لها نَفَقةٌ ، كما بعدَ العِدَّةِ . وإن كان هو المُرْتَدَّ ، فعليه النَّفقةُ للعِدَّةِ ، لأنَّه بسَبِيلٍ من الاسْتِمتاعِ بها بأن يُسْلِمَ ، ويُمْكِنُه تَلافِي نِكاحِها ، فكانت النَّفقةُ واجبةً عليه ، كزَوْجِ الرَّجْعِيَّةِ .

فصل : فإن ارْتَدَّ الزَّوْجانِ معا ، فحُكْمُهما حكمُ ما لو ارْتَدَّ أحدُهما ؛ إن كان قبلَ الدُّخولِ تُعُجِّلَتِ الفُرْقةُ ، وإن كان بعدَه ، فهل تُتَعَجَّلُ ، أو يَقِفُ على انْقِضاءِ العِدّةِ ؟ على رِوَايتيْن . وهذا مذهبُ الشافعيِّ . قال أحمدُ ، في رواية ابن منصورٍ : إذا ارْتَدَّا معا ، أو أحَدُهما ، ثم تابَا ، أو تابَ ، فهو أحَقُّ بها ، ما لم تَنْقَضِ العِدَّةُ . وقال أبو حنيفةَ : لا يَنْفَسِخُ النِّكاحُ اسْتِحْسانًا ؛ لأنَّه لم / يَخْتَلِفْ بهما الدِّينُ ، فأشْبَهَ ما لو أسْلَمَا . ولَنا ، أنَّها رِدَّةٌ طارِئةٌ على النكاحِ ، فوَجَبَ[٣] أن يتَعَلَّقَ بها فَسْخُه ، كما لو ارْتَدَّ أحَدُهما ، ولأنَّ كلَّ ما زال عنه مِلْكُ المُرْتَدِّ إذا ارْتَدَّ وحدَه ، زال إذا ارْتَدَّ غيرُه معه ، كمالِه ، وما ذكَرُوه يَبْطُلُ بما إذا انْتَقَلَ المُسْلِمُ واليهوديَّةُ إلى دِينِ النَّصْرانيَّةِ ، فإنَّ نِكاحَهُما ينْفَسِخُ ، وقد انْتقَلَا إلى دِينٍ واحِدٍ . وأمَّا إذا أسْلَما ، فقد انْتقَلَا إلى دِينِ الحَقِّ ، ويُقَرَّانِ عليه ، بخِلافِ الرِّدَّةِ .

٨٦/٧ ظ

فصل : وإذا ارتدَّ أحدُ الزَّوْجيْنِ ، أو ارْتَدَّا معا ، مُنِعَ وَطْأُها ، فإن وَطِئَها في عِدَّتِها ، وقُلْنا : إنَّ الفُرْقةَ تُعُجِّلَتْ . فلها عليه مَهْرُ مِثْلِها لهذا الوَطْءِ ، مع الذي ثَبَتَ[٤] عليه بالنكاحِ ؛ لأنَّه وَطِئَ أجْنَبِيَّةً ، فيكونُ عليه مَهْرُ مِثْلِها . وإن قُلْنا : إنَّ الفُرْقةَ موقوفةٌ على انْقضاءِ العِدَّةِ . فأسْلَمَ[٥] المُرْتدُّ منهما ، أو أسْلَما جميعا في عِدَّتِها ، وكانت الرِّدَّةُ منهما ،

---

(٢) في الأصل ، ا ، ب : « بتعجل » .

(٣) في ا : « توجب » .

(٤) في ا ، م : « يثبت » .

(٥) في م : « فإن أسلم » .

فلا مَهْرَ لها عليه بهذا[٦] الوَطْءِ ؛ لأنَّا تَبيَّنَّا أنَّ النكاحَ لم يَزُلْ ، وأنَّه وَطِئَها وهى زَوْجَتُه .
وإن ثَبَتَا ، أو ثَبَتَ المُرْتَدُّ منهما على الرِّدَّةِ ، حتى انْقَضتْ عِدَّتُها ، فلها عليه مَهْرُ المِثْلِ لهذا الوَطْءِ ؛ لأنَّه وَطْءٌ فى غيرِ نكاحٍ بشُبْهةٍ[٧] النكاحِ ، لأنَّنا تَبيَّنَّا أنَّ الفُرْقةَ وقَعَتْ[٨] منذُ اخْتلفَ الدِّينان . وهكذا[٩] الحكمُ فيما إذا أسلَمَ أحدُ الزَّوْجَيْنِ بعدَ الدُّخولِ ، فوَطِئَها فى العِدَّةِ قبلَ إسْلامِ الآخَرِ ، فالحكمُ فيه مثلُ الحُكْمِ هٰهُنا ؛ لما ذكَرْنا من التَّعليلِ فيه .

فصل : وإذا أسلم أحدُ الزَّوْجَيْنِ ، ثم ارتدَّ ، نَظَرْتَ ؛ فإن لم يُسْلِم الآخَرُ فى العِدَّةِ ، تَبيَّنَّا أنَّ وُقوعَ الفُرْقةِ كان منذُ اخْتلفَ الدِّينان ، وعِدَّتُها من حينَ أسْلَمَ المسلمُ منهما ، وإن أسْلَمَ الآخَرُ منهما فى العِدَّةِ قبلَ ارْتدادِ الأوَّلِ ، اعْتُبِرَ ابْتداءُ العِدَّةِ من حينَ ارْتَدَّ ؛ لأنَّ حكمَ اخْتِلافِ الدِّينِ بإسلامِ الأوَّلِ زالَ بإسْلامِ الثانى فى العِدَّةِ . ولو أسْلَمَ وتحتَه أكثرُ من أرْبعِ نِسْوةٍ ، فأسْلَمْنَ معه ، ثم ارْتَدَّ ، لم يكن له[١٠] أن يختارَ منهنَّ ؛ لأنَّه لا يجوزُ أن يَبْتَدِئَ العَقْدَ عليهنَّ فى هذه الحالِ . وكذلك لو ارْتَدَدْنَ دُونَه أو معه ، لم يكُنْ له أن يختارَ منهنَّ ؛ لذلك .

فصل : وإذا تزوَّجَ الكافِرُ بمَن لا يُقَرُّ على نِكاحِه فى الإسْلامِ ، مثل أن جَمَعَ[١١] بين الأُخْتَيْنِ ، أو بين عَشْرِ نِسْوةٍ ، أو نَكَحَ مُعْتَدَّةً أو مُرْتَدَّةً ، ثم طَلَّقَها ثلاثًا ، ثم أسْلَما ، لم يكُنْ له أن يَنْكِحَها ؛ لأنَّنا أجْرَيْنا أحْكامَهم على الصِّحَّةِ فيما[١٢] يَعْتَقِدُونه فى النكاحِ ،

---

(٦) فى الأصل : « لهذا » .
(٧) فى م : « بشبه » .
(٨) سقط من : ب .
(٩) فى م : « وهذا » .
(١٠) سقط من : م .
(١١) فى ب : « يجمع » .
(١٢) فى الأصل : « وما » .

٨٧/٧و فكذلك / فى الطَّلاقِ ، ولهذا جاز له إمْساكُ الثَّانيةِ من الأُخْتَيْنِ ، والخامسةِ المَعْقُودِ عليها آخِرًا .

١١٧٥ – مسألة ؛ قال : (وَإذَا زَوَّجَهُ وَلِيَّتَهُ ، عَلَى أنْ يُزَوِّجَهُ الآخَرُ وَلِيَّتَهُ ، فَلَا نِكَاحَ بَيْنَهُمَا ، وإنْ سَمَّوْا مَعَ ذٰلِكَ صَدَاقًا أيْضًا)

هذا النِّكاحُ يُسَمَّى الشِّغَارَ . فقيل[1] : إنَّما سُمِّىَ شِغَارًا لِقُبْحِه ، تَشْبِيهًا برَفْعِ الكَلْبِ رِجْلَه لِيَبُولَ ، فى القُبْحِ . يقال : شَغَرَ الكَلْبُ : إذا رَفَعَ رِجْلَه لِيَبُولَ ، وحُكِىَ عن الأصْمَعِىِّ أنَّه قال : الشِّغَارُ : الرَّفْعُ . فكأنَّ كلَّ واحِدٍ منهما رَفَعَ رِجْلَه للآخرِ عما يُرِيدُ . ولا تَخْتَلِفُ الرِّوايةُ عن أحمدَ ، فى أنَّ نِكاحَ الشِّغَارِ فاسدٌ . رَواه عنه جماعةٌ . قال أحمدُ : ورُوِىَ عن عمرَ ، وزيدِ [2]بن ثابتٍ[2] ، أنَّهما فرَّقَا فيه . وهو قولُ مالكٍ ، والشافعىِّ ، وإسحاقَ[3] . وحُكِىَ عن عطاءٍ ، وعمرو بن دِينارٍ ، ومكحولٍ ، والزُّهْرِىِّ ، والثَّوْرِىِّ ، أنَّه يَصِحُّ ، وتَفْسُدُ التَّسْمِيَةُ ، ويَجِبُ مَهْرُ المِثْلِ ؛ لأنَّ الفَسَادَ من قِبَلِ المَهْرِ لا يُوجِبُ فَسادَ العَقْدِ ، كما لو تزوَّجَ على خَمْرٍ أو خِنْزِيرٍ ، وهذا كذلك . ولَنا ، ما رَوَى ابنُ عمرَ ، أنَّ رسولَ الله ﷺ نَهَى عن الشِّغَارِ . مُتَّفَقٌ عليه[4] . ورَوَى أبو هُرَيْرَةَ مثلَه . أخْرَجه مُسْلِمٌ[5] . ورَوَى الأثرمُ بإسْنادٍ عن عِمْرانَ بن حُصَيْنٍ ، أن رسولَ الله ﷺ قال : « لا

---

(١) فى الأصل : « وقيل » .

(٢ – ٢) سقط من : ب .

(٣) سقط من : م .

(٤) أخرجه البخارى ، فى : باب الشغار ، من كتاب النكاح . صحيح البخارى ٧ / ١٥ . ومسلم ، فى : باب تحريم نكاح الشغار وبطلانه ، من كتاب النكاح . صحيح مسلم ١٠٣٤ .

كما أخرجه أبو داود ، فى : باب الشغار ، من كتاب النكاح . سنن أبى داود ١ / ٤٧٩ . والنسائى ، فى : باب الشغار ، وباب تفسير الشغار ، من كتاب النكاح . المجتبى ٦ / ٩١ ، ٩٢ . وابن ماجه ، فى : باب النهى عن الشغار ، من كتاب النكاح . سنن ابن ماجه ١ / ٦٠٦ . والدارمى ، فى : باب فى النهى عن الشغار ، من كتاب النكاح . سنن الدارمى ٢ / ١٣٦ . والإمام مالك ، فى : باب جامع ما لا يجوز من النكاح ، من كتاب النكاح . الموطأ ٢ / ٥٣٥ . والإمام أحمد ، فى : المسند ٢ / ٧ ، ١٩ ، ٦٢ .

(٥) فى : باب تحريم نكاح الشغار وبطلانه ، من كتاب النكاح . صحيح مسلم ٢ / ١٠٣٤ . =

جَلَبَ[٦] ، ولا جَنَبَ[٧] ، ولا شِغَارَ فى الإِسْلَامِ »[٨] . ولأنَّه جَعَلَ كلَّ واحِدٍ من العَقْدَيْنِ سَلَفًا فى الآخَرِ ، فلم يَصِحَّ ، كما لو قال : بِعْنِى ثَوْبَكَ على أن أَبِيعَكَ ثَوْبِى . وقولُهم : إنَّ فَسادَه من قِبَلِ التَّسْمِيةِ . قُلْنا : بل فسادُه[٩] من جِهَةِ أنَّه وَقَفَه على شَرْطٍ فاسِدٍ ، أو لأنَّه شَرَطَ تَمْلِيكَ البُضْعِ لغيرِ الزَّوْجِ ، فإنَّه جَعَلَ تَزْوِيجَه إيَّاها مَهْرًا للأُخْرَى ، فكأنَّه[١٠] مَلَّكَه إيَّاه بشَرْطِ انْتِزاعِه منه . إذا ثَبَتَ هذا ، فلا فَرْقَ بين أن يقولَ : على أنَّ صَداقَ كلِّ واحِدةٍ منهما بُضْعُ الأُخْرَى . أو لم يَقُلْ ذلك . وقال الشافعيُّ : هو أن يقولَ ذلك ، ولا يُسَمِّى لكلِّ واحدةٍ صَدَاقًا ؛ لما رَوَى ابنُ عمرَ ، أنَّ النَّبِىَّ ﷺ نَهَى عن الشِّغَارِ ، والشِّغارُ أن يقولَ الرجلُ للرجلِ : زَوَّجْتُكَ بِنْتِى على أن تُزَوِّجَنِى بِنْتَكَ . ويكونُ بُضْعُ كل واحدةٍ منهما مَهْرَ الأُخْرَى . ولَنا ، ما رَوَى ابنُ عمرَ ، أنَّ رسول الله ﷺ نَهَى عن الشِّغَارِ ، والشِّغارُ[١١] أن يُزَوِّجَ الرجلُ ابْنَتَه على أن / يُزَوِّجَه ابْنَتَه ، وليس بينهما صَدَاقٌ . ٨٧/٧ظ هذا لفظُ الحديثِ الصَّحيحِ المُتَّفَق عليه . وفى حديثِ أبى هُرَيْرَةَ : والشِّغارُ أن يقولَ الرجلُ للرجلِ : زَوِّجْنِى ابْنَتَكَ ، وأُزَوِّجكَ ابْنَتِى ، أو زَوِّجْنِى أُخْتَكَ ، وأُزَوِّجُكَ أُخْتِى . رواه مسلمٌ . وهذا يَجِبُ تَقْدِيمُه لصِحَّتِه ، وعلى أنَّه قد[١٢] أَمْكَنَ الجمعُ بينهما

= كما أخرجه النسائى ، فى : باب تفسير الشغار ، من كتاب النكاح . المجتبى ٦ / ٩٢ . وابن ماجه ، فى : باب النهى عن الشغار ، من كتاب النكاح . سنن ابن ماجه ١ / ٦٠٦ .

(٦) الجلب يكون فى شيئين ؛ أحدهما فى الزكاة ، وهو أن يقدم المصدق على أهل الزكاة ، فينزل موضعا ، ثم يرسل من يجلب إليه الأموال من أماكنها ليأخذ صدقتها ، فنهى عن ذلك ، وأمر أن تؤخذ صدقاتهم على مياههم وأماكنها . الثانى فى السباق ، وهو أن يتبع الرجل فرسه ، فيزجره ويجلب عليه ويصيح حثا له على الجرى ، فنهى عن ذلك .

(٧) الجنب فى السباق : أن يجنب فرسا إلى فرسه الذى يسابق عليه ، فإذا فتر المركوب تحول إلى المجنوب . وفى الزكاة : أن ينزل العامل بأقصى مواضع أصحاب الصدقة ، ثم يؤمر بالأموال أن تجنب إليه ، أى تحضر . فنهوا عن ذلك .

(٨) وأخرجه النسائى ، فى : باب الشغار ، من كتاب النكاح ، وفى : باب الجلب ، وباب الجنب ، من كتاب الخيل . المجتبى ٦ / ٩١ ، ١٨٩ ، ١٩٠ . والإمام أحمد ، فى : المسند ٤ / ٤٢٩ ، ٤٤١ ، ٤٤٣ .

(٩) فى م : « إفساده » .

(١٠) فى ا ، م : « فكان » .

(١١) سقط من : ب .

(١٢) سقط من : الأصل .

بأن يُعْمَلَ بالجميعِ . ويَفْسُدُ النكاحُ بأىِّ ذلك كان . ولأنَّه إذا شَرَطَ فى نِكاحِ إحْداهما تَزْويجَ الأُخْرَى ، فقد جَعَلَ بُضْعَ كلِّ واحدةٍ صَداقَ الأُخْرَى ، ففَسَدَ ، كما لو لَفَظَ به . فأمَّا إن سَمَّوْا مع ذلك صَداقًا ، فقال : زَوَّجْتُكَ ابْنَتِى ، على أن تُزَوِّجَنِى ابنتَكَ ، ومَهْرُ كلِّ واحدةٍ منهما مائةٌ ، أو مَهْرُ ابْنَتِى مائةٌ ومهرُ ابنتكَ خَمْسُونَ ، أو أقلُّ أو أكثرُ ، فالمَنْصُوصُ عن أحمدَ ، فيما وَقَفْنا عليه[13] ، صِحَّتُه . وهو قولُ الشافعىِّ ؛ لما تقدَّمَ من حديثِ ابن عمرَ ، ولأنَّه قد سَمَّى صَدَاقًا ، فَصَحَّ ، كما لو لم يَشْتَرِطْ ذلك . وقال الْخِرَقِىُّ : لا يَصِحُّ ؛ لحديثِ أبى هُرَيْرةَ ، ولما رَوَى أبو داودَ[14] ، عن الأعْـرَجِ ، أنَّ العباسَ بن عُبَيْدِ اللهِ بن العباسِ ، أنْكَحَ عبدَ الرحمنِ بن الحَكَمِ ابْنَتَه ، وأنْكَحَه عبدُ الرحمن ابْنَتَه ، وكانا جَعَلَا صَدَاقًا ، فكَتَبَ معاويةُ إلى مَرْوانَ ، فأمَرَه أن يُفرِّقَ بينهما ، وقال فى كتابه : هذا الشِّغارُ الذى نَهَى عنه رسولُ اللهِ ﷺ . ولأنَّه شَرَطَ نِكاحَ إحْداهما لِنكاحِ الأُخْرَى ، فلم يَصِحَّ ، كما لو لم[13] يُسَمِّيا صَداقًا . يُحَقِّقُه أنَّ عَدَمَ التَّسْمِيَةِ ليس بمُفْسِدٍ للعَقْدِ ، بدليلِ نِكاحِ المُفَوِّضةِ ، فدَلَّ على أنَّ المُفْسِدَ هو الشَّرْطُ ، وقد وُجِدَ ، ولأنَّه سَلَفٌ فى عَقْدٍ ، فلم يَصِحَّ ، كما لو قال : بِعْتُكَ ثَوْبِى بعَشَرَة ، على أن تَبِيعَنِى ثَوْبَكَ بعِشْرِينَ . وهذا [15]الاختلافُ فيما[15] إذا لم يُصَرِّحْ بالتَّشْرِيكِ ، فأمَّـا إن[16] قال : زَوَّجْتُك ابْنَتِـى ، على أن تُزَوِّجَنِـى ابْنَـتكَ ، ومَهْـرُ كلِّ واحـدةٍ منهمـا مائـةٌ وبُضْعُ الأُخْرَى . فالنِّكاحُ فاسِدٌ ؛ لأنَّه صَرَّحَ بالتَّشْرِيكِ ، فلم يَصِحَّ العَقْدُ ، كما لو لم يَذْكُرْ مُسَمًّى .

فصل : ومتى قُلْنا بصِحّةِ العَقْدِ إذا سَمَّيَا[17] صَداقًا ، ففيه وَجْهان ؛ أحـدهما ،

---

(13) سقط من : م .

(14) فى : باب فى الشغار ، من كتاب النكاح . سنن أبى داود 1 / 479 .
كما أخرجه الإمام أحمد ، فى : المسند 4 / 94 .

(15 - 15) فى الأصل : « لا خلاف ما » .

(16) فى م : « إذا » .

(17) فى الأصل : « سمينا » .

تَفْسُدُ التَّسْمِيةُ ، ويجبُ مَهْرُ المِثْلِ . وهذا قولُ الشافعيِّ ؛ لأنَّ كلَّ واحِدٍ منهما لم يَرْضَ بالمُسَمَّى[18] إلَّا بشَرْطِ أن يُزَوِّجَ[19] وَلِيُّه صاحِبَه ، فيَنْقُصَ[20] المَهْرُ لهذا الشَّرْطِ ، وهو باطلٌ ، فإذا احْتَجْنا إلى ضَمانِ النَّقْصِ ، صار المُسَمَّى / مَجْهُولًا ، فبَطَلَ . والوجه الثانى[21] ذَكَرَه القاضى فى « الجامع » ، أنَّه يَجِبُ المُسَمَّى ؛ لأنَّه ذَكَرَ قَدْرًا مَعْلومًا يَصْلُحُ[22] أن يكونَ مَهْرًا ، فصَحَّ[23] ، كما لو قال : زَوَّجْتُكَ ابْنَتِى على أَلْفٍ ، على أنَّ لى منها مائةً . واللهُ أعلمُ .

88/7و

فصل : وإن سَمَّى لإحْداهما مَهْرًا دُونَ الأُخْرَى ، فقال أبو بكرٍ : يَفْسُدُ النكاحُ فيهما ؛ لأنَّه فَسَدَ فى إحداهما ، ففَسَدَ فى الأُخْرَى . والأَوْلَى أنَّه يَفْسُدُ فى التى لم يُسَمِّ لها صَدَاقًا ؛ لأنَّ نِكاحَها خَلَا من صَدَاقٍ سِوَى نكاحِ الأُخْرَى ، ويكونُ فى التى سَمَّى لها صَداقًا رِوَايتانِ ؛ لأنَّ فيه تَسْمِيَةً وشَرْطًا ، فأشْبَهَ ما لو سَمَّى لكلِّ واحدةٍ منهما[24] مَهْرًا . ذَكَرَه القاضى هكذا .

فصل : فإن قال : زَوَّجْتُكَ جارِيَتِى هذه ، على أن تُزَوِّجَنِى ابْنَتَكَ ، وتكونَ رَقَبَتُها صَداقًا لِابْنَتِكَ . لم يَصِحَّ تَزْويجُ الجارِيةِ ، فى قياسِ المذهبِ ؛ لأنَّه لم يَجْعَلْ لها صَداقًا سِوَى تَزْوِيجِ ابْنَتِه . وإذا زَوَّجَه ابْنَتَه ، على أن يَجْعلَ رَقَبَةَ الجارِيةِ صَداقًا لها ، صَحَّ ؛ لأنَّ الجاريةَ تَصْلُحُ أن تكونَ صَداقًا . وإن زَوَّجَ عبدَه امرأةً ، وجعل رَقَبَتَه صَداقًا لها ، لم يَصِحَّ الصَّداقُ ؛ لأنَّ مِلْكَ المرأةِ زَوْجَها يَمْنَعُ صِحَّةَ النِّكاحِ ، فيَفْسُدُ الصَّداقُ ، ويَصِحُّ النِّكاحُ ، ويَجِبُ مَهْرُ المِثْلِ .

---

(18) فى الأصل : « المسمى » .
(19) فى الأصل ، ب : « يتزوج » .
(20) فى الأصل ، ب : « فنقص » .
(21) فى م : « الذى » .
(22) فى م : « يصح » .
(23) فى ب : « فيصح » .
(24) سقط من : ا ، ب ، م .

١١٧٦ – مسألة ؛ قال : (وَلَا يَجُوزُ نِكَاحُ الْمُتْعَةِ)

معنى نكاحِ المُتْعةِ أن يتزوَّجَ المرأةَ مُدّةً ، مثل أن يقولَ : زَوَّجْتُكَ ابْنَتِى شَهْرًا ، أو سَنَةً ، أو إلى انْقِضاءِ المَوْسِمِ ، أو قُدُومِ الحاجِّ . وشِبْهِهِ ، سواءٌ كانت المُدَّةُ معلومةً أو مجهولةً . فهذا نِكاحٌ باطلٌ . نَصَّ عليه أحمدُ ، فقال : نكاحُ المُتْعةِ حَرَامٌ . وقال أبو بكرٍ : فيها رِوايةٌ أُخْرَى ، أنَّها مَكْرُوهةٌ غيرُ حَرامٍ ؛ لأنَّ ابنَ مَنْصورٍ سأَلَ أحمدَ عنها ، فقال : يَجْتَنِبُها أحَبُّ إلىَّ . قال : فظاهِرُ هذا[1] الكَرَاهةُ دُونَ التَّحْرِيمِ . وغيرُ أبى بكرٍ من أصحابِنا يَمْنَعُ هذا ، ويقولُ : فى[2] المسألةِ رِوايةٌ واحدةٌ فى تَحْرِيمِها . وهذا[3] قولُ عامَّةِ الصَّحابةِ والفُقَهاءِ . وممَّن رُوِىَ عنه تَحْرِيمُها عمرُ ، وعلىٌّ ، وابنُ عمرَ ، وابنُ مسعودٍ ، وابنُ الزُّبَيْرِ . قال ابنُ عبدِ البَرِّ : وعلى تَحْرِيمِ المُتْعةِ مالكٌ ، وأهلُ المدينةِ ، وأبو حنيفةَ فى أهلِ العراقِ[4] ، والأوْزَاعِىُّ فى أهلِ الشامِ ، واللَّيْثُ فى أهلِ مِصْرَ ، والشافعىُّ ، وسائرُ أصحابِ الآثارِ . وقال زُفَرُ : يَصِحُّ النِّكاحُ ، ويَبْطُلُ / الشَّرْطُ . وحُكِىَ عن ابنِ عباسٍ ، أنَّها جائزةٌ . وعليه أَكْثَرُ أصْحابِ[5] عطاءٍ وطاوُسٍ . وبه قال ابنُ جُرَيْجٍ . وحُكِىَ ذلك عن أبى سعيدٍ الخُدْرِىِّ ، وجابرٍ . وإليه ذَهَبَ الشِّيعةُ ؛ لأنَّه قد ثَبَتَ أنَّ النَّبِىَّ ﷺ أذِنَ فيها . ورُوِىَ أن عمرَ قال : مُتْعَتان كانَتا على عهدِ رسولِ الله ﷺ ، [6]أنا أنْهَى[6] عنهما ، وأعاقِبُ عليهما ؛ مُتْعةُ النِّساءِ ، ومتعةُ الحَجِّ[7] . ولأنَّه عَقْدٌ على مَنْفَعةٍ ، فيكون[8] مُؤَقَّتًا ، كالإجارَةِ . ولَنا ، ما رَوَى الرَّبِيعُ بن سَبْرَةَ ، أنَّه قال : أشهدُ على

٧/٨٨ظ

---

(١) فى ب : « هذه » .
(٢) سقط من : الأصل .
(٣) فى ب : « وهو » .
(٤) فى ا ، ب ، م : « الكوفة » .
(٥) فى ا ، ب ، م : « أصحابه » .
(٦ – ٦) فى م : « أفأنهى » .
(٧) أخرجه البيهقى ، فى : باب نكاح المتعة ، من كتاب النكاح . السنن الكبرى ٧ / ٢٠٦ .
(٨) فى الأصل ، ب : « فكان » .

أبى ، أنَّه حَدَّثَ أنَّ النَّبىَّ ﷺ نَهَى عنه فى حِجَّة الوَدَاع[٩] . وفى لَفْظٍ : أنَّ رسولَ الله ﷺ حَرَّمَ مُتْعَةَ النساءِ . رواه أبو داودَ[١٠] . وفى لفظٍ رواه ابنُ ماجَه[١١] ، أن رسولَ الله ﷺ قال[١٢] : « يا أيُّهَا النَّاسُ ، إنِّى كُنْتُ أَذِنْتُ لَكُمْ فِى الاسْتِمْتَاعِ ، ألَا وَإنَّ اللهَ قَدْ حَرَّمَها إلَى يَوْمِ الْقِيَامَةِ » . ورُوِىَ عن علىِّ بن أبى طالبٍ ، رَضِىَ اللهُ عنه ، أنَّ رسولَ الله ﷺ نَهَى عن مُتْعةِ النِّساءِ يومَ خَيْبَرَ ، وعن لُحُومِ الحُمُرِ الأهْلِيَّةِ . رواه مالكٌ ، فى « المُوطَّأ » ، وأخْرَجه الأئِمَّةُ النَّسائِىُّ وغيرُه[١٣] . واختلفَ أهلُ العلمِ فى الجَمْعِ بين هٰذين الخَبَرَيْنِ ، فقال قومٌ : فى حديثِ علىّ تَقْدِيمٌ وتَأْخِيرٌ ، وتقديرُه أنَّ النَّبىَّ ﷺ نَهَى عن لُحُومِ الحُمُرِ الأهليةِ يومَ خيبرَ ، ونَهَى عن مُتْعةِ النساءِ ، ولم يَذْكُرْ مِيقاتَ النَّهْىِ عنها ، وقد بَيَّنَه الرَّبيعُ بن سَبْرَةَ فى حَدِيثِه ، أنَّه كان فى حَجَّةِ الوَداعِ . حكاه الإمامُ أحمدُ عن قومٍ ، وذَكَره ابنُ عبدِ البَرِّ . وقال الشافعىُّ : لا أعْلَمُ شيئًا أحَلَّه اللهُ ثم حَرَّمَه ، ثم أحَلَّه ثم حَرَّمَه ، إلَّا المُتْعَةَ . فحَمَلَ الأمْرَ على ظاهِرِه ، وأنَّ النَّبىَّ ﷺ حَرَّمَها يَوْمَ خيبرَ ، ثم

---

(٩) أخرجه مسلم ، فى : باب نكاح المتعة وبيان أنه أبيح ... ، من كتاب النكاح . صحيح مسلم ٢ / ١٠٢٦ ، ١٠٢٧ . وأبو داود ، فى : باب فى نكاح المتعة ، من كتاب النكاح . سنن أبى داود ١ / ٤٧٨ ، ٤٧٩ . والنسائى ، فى : باب تحريم المتعة ، من كتاب النكاح . المجتبى ٦ / ١٠٣ . والدارمى ، فى : باب النهى عن متعة النساء ، من كتاب النكاح . سنن الدارمى ٢ / ١٤٠ . والإمام أحمد ، فى : المسند ٣ / ٤٠٤ ، ٤٠٥ .

(١٠) فى : باب فى نكاح المتعة ، من كتاب النكاح . سنن أبى داود ١ / ٤٧٨ ، ٤٧٩ .

(١١) فى : باب النهى عن نكاح المتعة ، من كتاب النكاح . سنن ابن ماجه ١ / ٦٣١ .

كما أخرجه مسلم ، فى : باب نكاح المتعة ... ، من كتاب النكاح . صحيح مسلم ٢ / ١٠٢٥ . والدارمى ، فى : باب النهى عن متعة النساء ، من كتاب النكاح . سنن الدارمى ٢ / ١٤٠ . والإمام أحمد ، فى : المسند ٣ / ٤٠٦ .

(١٢) فى م : « حرم المتعة فقال » .

(١٣) أخرجه الإمام مالك ، فى : باب نكاح المتعة ، من كتاب النكاح . الموطأ ٢ / ٥٤٢ . والنسائى ، فى : باب تحريم المتعة ، من كتاب النكاح ، وفى : باب تحريم أكل لحوم الحمر الأهلية ، من كتاب الصيد . المجتبى ٦ / ١٠٢ ، ١٠٣ ، ٧ / ١٧٩ . =

أَحلَّها[١٤] فى حَجَّةِ الوَداعِ ثَلاثةَ أيامٍ ، ثم حَرَّمَها ، ولأنَّه لا تَتَعَلَّقُ به أحكامُ النكاحِ ، من الطَّلاقِ ، والظِّهَارِ ، واللِّعانِ ، والتَّوارُثِ ، فكان باطِلًا ، كسائرِ الأَنْكِحةِ الباطلةِ .

وأمَّا قولُ ابنِ عباسٍ ، فقد حُكِىَ عنه الرُّجُوعُ عنه ، فرَوَى أبو بكرٍ ، بإسْنادِه عن سعيدِ ابن جُبَيْرٍ ، قال : قلتُ لِابنِ عباسٍ : لقد كَثُرَتِ القَالَةُ[١٥] فى المُتْعةِ ، حتى قال فيها الشاعر :

أَقُولُ وقد طالَ الثَّواءُ بِنَا مَعًا ... يا صَاحِ هَلْ لكَ فى فُتْيَا ابنِ عباسِ

٨٩/٧و / هل لَكَ فى رَخْصَةِ الأَطْرافِ آنِسَةٍ ... تكونُ مَثْواكَ حتى مَصْدَرِ النَاسِ

فقام خَطِيبًا ، وقال : إنَّ المُتْعةَ كالمَيْتةِ والدَّمِ ولَحْمِ الخِنْزِيرِ[١٦] . فأمَّا إذْنُ رسولِ الله ﷺ فيها ، فقد ثَبَتَ نَسْخُه ، وأما حديثُ عمرَ – إن صَحَّ عنه – فالظاهرُ أنَّه إنَّما قَصَدَ الإِخْبارَ عن تَحْرِيمِ النَّبىِّ ﷺ لها ، ونَهْيِه عنها ، إذْ لا يجوزُ أن يَنْهَى عمَّا كان النَّبىُّ ﷺ أباحَه ، وبَقِىَ على إبَاحَتِه .

فصل : وإن تزَوَّجَها بغير[١٧] شَرْطٍ ، إلَّا أنَّ فى نِيَّتِه طَلَاقَها بعدَ شَهْرٍ ، أو إذا انْقَضَتْ حاجَتُه فى هذا البَلَدِ ، فالنِّكاحُ صَحِيحٌ ، فى قولِ عامَّةِ أهلِ العلمِ ، إلَّا

= كما أخرجه البخارى ، فى : باب غزوة خيبر ، من كتاب المغازى ، وفى : باب نهى رسول الله ﷺ عن نكاح المتعة آخرًا ، من كتاب النكاح ، وفى : باب لحوم الحمر الإنسية ، من كتاب الذبائح . صحيح البخارى ٥ / ١٧٣ ، ٧ / ١٦ ، ١٢٣ . ومسلم ، فى : باب نكاح المتعة ، من كتاب النكاح ، وفى : باب تحريم أكل لحم الحمر الإنسية ، من كتاب الصيد . صحيح مسلم ٢ / ١٠٢٧ ، ١٠٢٨ ، ٣ / ١٥٣٧ ، ١٥٣٨ . والترمذى ، فى : باب ما جاء فى تحريم نكاح المتعة ، من أبواب النكاح . عارضة الأحوذى ٥ / ٤٨ . وابن ماجه ، فى : باب النهى عن نكاح المتعة ، من كتاب النكاح . سنن ابن ماجه ١ / ٦٣١ . والدارمى ، فى : باب فى لحوم الحمر الأهلية ، من كتاب الأضاحى ، وفى : باب النهى عن متعة النساء ، من كتاب النكاح . سنن الدارمى ٢ / ٨٦ ، ١٤٠ . والإمام أحمد ، فى : المسند ١ / ٧٩ .

(١٤) فى م : « أباحها » .

(١٥) سقط من : الأصل ، ا ، ب .

(١٦) أخرجه البيهقى ، فى : باب نكاح المتعة ، من كتاب النكاح . السنن الكبرى ٧ / ٢٠٥ ، وذكر البيتين بروايات مختلفة ، كما أورد ابن قتيبة الحديث والبيتين ولم ينسبهما ، انظر عيون الأخبار ٤ / ٩٥ .

(١٧) فى ب : « من غير » .

الأَوْزَاعِىّ ، قال : هو نِكاحُ مُتْعةٍ . والصَّحيحُ أنَّه لا بأسَ به ، ولا تَضُرُّ نِيَّته ، وليس على الرَّجُلِ أن يَنْوِىَ حَبْسَ امْرَأتِه وحَسْبُه إن وافَقَتْه ، وإلَّا طَلَّقَها .

١١٧٧ ـ مسألة ؛ قال : (وَلَوْ تَزَوَّجَها عَلَى أنْ يُطَلِّقَهَا فِى وَقْتٍ بِعَيْنِه ، لَمْ يَنْعَقِدِ النِّكَاحُ)

يعنى إذا تزَوَّجَها بشَرْطِ أن يُطَلِّقَها فى وقتٍ مُعَيَّنٍ ، لم يَصِحَّ النكاحُ ، سواءٌ كان معلومًا أو مجهولًا ، مثل أن يُشْتَرَطَ عليه طَلَاقُها إن قَدِمَ أبُوها أو أخُوها . وقال أبو حنيفةَ : يَصِحُّ النكاحُ ، ويَبْطُلُ الشرطُ . وهو[(١)] أظْهَرُ قَوْلَىِ الشافعىِّ ، قالَه فى عامَّةِ كُتُبِه ؛ لأنَّ النكاحَ وَقَعَ مُطْلَقًا ، وإنما شَرَطَ على نَفْسِه شرطًا ، وذلك لا يُؤَثِّرُ فيه ، كما لو شَرَطَ أن لا يتزَوَّجَ عليها ، ولا يُسافِرَ بها . ولَنا ، أنَّ هذا شَرْطٌ مانعٌ من بَقَاءِ النكاحِ ، فأشْبَهَ نِكاحَ المُتْعةِ ، [(٢)]ولأنَّهما شَرَطاه ببقاء النكاحِ فى وقْتٍ بعَيْنِه ، أشْبَهَ نِكاحَ المُتْعَةِ[(٢)] ، ويفارِقُ ما قاسُوا عليه ، فإنَّه لم يَشْتَرِطْ قَطْعَ النكاحِ .

١١٧٨ ـ مسألة ؛ قال : (وَكَذٰلِكَ إنْ شَرَطَ عَلَيْه أنْ يُحِلَّها لِزَوْجٍ كَانَ قَبْلَهُ)

وجملتُه أنَّ نِكاحَ المُحَلِّلِ حَرامٌ باطِلٌ[(١)] ، فى قولِ عامَّةِ أهْلِ العلمِ ؛ منهم الحَسَنُ ، والنَّخَعِىُّ ، وقَتادةُ ، ومالكٌ ، والليثُ ، والثَّوْرِىُّ ، وابنُ المُبارَكِ ، والشافعىُّ ، وسواءٌ قال : زَوَّجْتُكَها إلى أن تَطأَها . أو شَرَطَ أنَّه إذا أحَلَّها فلا نِكاحَ بينهما ، أو أنَّه إذا أحَلَّها للأَوَّلِ طَلَّقَها . وحُكِىَ عن أبى حنيفةَ أنَّه يَصِحُّ النكاحُ ، ويَبْطُلُ الشرطُ . وقال الشافعىُّ فى الصُّورَتينِ الأُولَيَيْنِ : لا يَصِحُّ . وفى الثالثة على قَوْلَيْنِ . ولَنا ، ما رُوِىَ عن النَّبِىِّ ﷺ ، أنَّه قال : « لَعَنَ اللهُ المُحَلِّلَ ، والْمُحَلَّلَ لَهُ » . / رواه أبو داود ، وابنُ ماجَه ، ٨٩/٧ظ

---

(١) فى ب : « وهذا » .

(٢ - ٢) سقط من : ا ، م .

(١) سقط من : ب .

والتِّرمِذِىُّ[٢] ، وقال : حديثٌ حَسَنٌ صحيحٌ ، والعَمَلُ عليه عند أهلِ العلمِ من أصْحابِ النَّبِىِّ ﷺ ، منهم عمرُ بن الخَطَّابِ ، وعثمانُ ، وعبدُ الله بن عمرَ . وهو قولُ الفُقَهاءِ من التابِعِينَ . ورُوِىَ ذلك عن علىٍّ ، وابنِ مسعودٍ ، وابنِ عباسٍ . وقال ابنُ مسعودٍ : المُحَلِّلُ[٣] والمُحَلَّلُ له مَلْعُونٌ ، على لِسانِ محمدٍ ﷺ[٤] . ورَوَى ابنُ ماجَه[٥] ، عن عُقْبةَ بن عامرٍ ، أنَّ النَّبِىَّ ﷺ قال : « ألَا أُخْبِرُكُم بالتَّيْسِ المُسْتَعارِ ؟ » . قالوا : بَلَى [٦]يا رسولَ الله[٦] . قال : « هو المُحَلِّلُ[٧] . لَعَنَ الله المُحَلِّلَ والمُحَلَّلَ له » . ورَوَى الأثْرَمُ ، بإسْنادِه عن قَبِيصةَ بن جابرٍ ، قال : سَمِعْتُ عمرَ ، وهو يَخْطُبُ الناسَ ، وهو يقول : واللهِ لا أُوتَى بمُحِلٍّ ولا مُحَلَّلٍ[٨] له إلَّا رَجَمْتُهُما[٩] .

---

(٢) أخرجه أبو داود ، فى : باب فى التحليل ، من كتاب النكاح . سنن أبى داود ١ / ٤٧٩ . والترمذى ، فى : باب ما جاء فى المحل والمحلل له ، من أبواب النكاح . عارضة الأحوذى ٥ / ٤٣ ، ٤٤ . وابن ماجه ، فى : باب المحلل والمحلل له ، من كتاب النكاح . سنن ابن ماجه ١ / ٦٢٢ .

كما أخرجه النسائى ، فى : باب إحلال المطلقة ثلاثا ... ، من كتاب الطلاق ، وفى : باب الموتشمات ... ، من كتاب الزينة . المجتبى ٦ / ١٢١ ، ٨ / ١٢٧ . والدارمى ، فى : باب فى النهى عن التحليل ، من كتاب النكاح . سنن الدارمى ٢ / ١٥٨ . والإمام أحمد ، فى : المسند ١ / ٨٣ ، ٨٧ ، ٨٨ ، ٩٣ ، ١٠٧ ، ١٢١ ، ١٣٣ ، ١٥٠ ، ١٥٨ ، ٤٥٠ ، ٤٥١ ، ٤٦٢ ، ٢ / ٢٢ .

(٣) فى ا ، م : « المحل » .

(٤) أخرجه الترمذى ، فى : باب فى المحل والمحلل له ، من أبواب النكاح . عارضة الأحوذى ٥ / ٤٤ . والنسائى ، فى : باب إحلال المطلقة ثلاثا ... ، من كتاب الطلاق . المجتبى ٦ / ١٢١ . والدارمى ، فى : باب فى النهى عن التحليل ، من كتاب النكاح . سنن الدارمى ٢ / ١٥٨ . والإمام أحمد ، فى : المسند ١ / ٤٥٠ ، ٤٥١ ، ٤٦٢ .

(٥) فى : باب المحلل والمحلل له ، من كتاب النكاح . سنن ابن ماجه ١ / ٦٢٣ .

كما أخرجه الحاكم ، فى : باب لعن الله المحل والمحلل له ، من كتاب الطلاق . المستدرك ٢ / ١٩٨ . والبيهقى ، فى : باب ما جاء فى نكاح المحلل ، من كتاب النكاح . السنن الكبرى ٧ / ٢٠٨ .

(٦ - ٦) سقط من : الأصل .

(٧) فى الأصل ، ا ، ب هنا وفيما يأتى : « المحل » . وما هنا موافق لما فى سنن ابن ماجه .

(٨) فى م : « محل » .

(٩) وأخرجه عبد الرزاق ، فى : باب التحليل ، من كتاب النكاح . المصنف ٦ / ٢٦٥ . وسعيد بن منصور ، فى : باب ما جاء فى المحلل والمحلل له . السنن ٢ / ٤٩ ، ٥٠ .

ولأنَّه نِكاحٌ إلى مُدَّةٍ ، أو فيه شَرْطٌ يَمْنَعُ بَقاءَه ، فأشْبَهَ نِكاحَ المُتْعةِ .

فصل : فإن شَرَطَ عليه التَّحْلِيلَ قبلَ العَقْدِ ، ولم يَذْكُرْه في العقدِ (10) ونَواه في العقدِ (10) أو نَوَى التَّحْليلَ من غير شَرْطٍ ، فالنِّكاحُ باطِلٌ أيضا . قال إسماعيلُ بن سعيدٍ : سألْتُ أحمدَ عن الرَّجُلِ يتزوجُ المرأةَ ، وفي نَفْسِه أن يُحَلِّلَها[11] لزَوْجِها الأوَّلِ ، ولم تَعْلَمِ المرأةُ بذلك . قال : هو مُحَلِّلٌ ، إذا أراد بذلك الإحْلالَ ، فهو مَلْعُونٌ . وهذا ظاهرُ قولِ الصَّحابةِ ، رَضِيَ اللهُ عنهم . ورَوَى نافِعٌ ، عن ابن عمرَ ، أنَّ رَجُلًا قال له : امرأةٌ تَزَوَّجْتُها ، أُحِلُّها لزَوْجِها ، لم يَأْمُرْني ، ولم يَعْلَمْ . قال : لا ، إلَّا نِكاحُ رَغْبةٍ[12] ، إن أعْجَبَتْكَ أمْسِكْها ، وإن كَرِهْتَها فارِقْها . قال : وإن كُنَّا نَعُدُّه على عَهْدِ رسولِ اللهِ ﷺ سِفَاحًا . وقال : لا يَزالانِ زانِيَيْنِ ، وإن مَكَثَا عِشْرِينَ سنةً ، إذا عَلِمَ أنَّه يُرِيدُ أن يُحِلَّها[13] . وهذا قولُ عثمانَ (14) بن عفَّانَ (14) ، رَضِيَ اللهُ عنه . وجاء رَجُلٌ إلى ابنِ عباسٍ ، فقال له : إن عَمِّي طَلَّقَ امْرأتَه ثلاثًا ، أيُحِلُّها له رَجُلٌ ؟ قال : مَنْ يُخادِعِ اللهَ يَخْدَعْهُ[15] . وهذا قولُ الحَسَنِ ، والنَّخَعِيِّ ، والشَّعْبِيِّ ، وقَتادةَ ، وبكرٍ المُزَنِيِّ ، واللَّيْثِ ، ومالكٍ ، والثَّوْرِيِّ ، وإسْحاقَ . وقال أبو حنيفةَ ، والشافعيُّ : العَقْدُ صحيحٌ . وذَكَر القاضي في صِحَّتِه وَجْهًا مثلَ قَوْلِهما ؛ لأنَّه خَلَا عن شَرْطٍ يُفْسِدُه ، فأشْبَهَ ما لو نَوَى طَلَاقَها لغيرِ الإحْلالِ ، (16) أو ما (16) لو نَوَتِ المرأةُ ذلك ، ولأنَّ العَقْدَ إنَّما يَبْطُلُ بما شُرِطَ لا بما قُصِدَ ، بدليلِ ما لو اشْتَرَى عبدًا بشَرْطِ[17] أن يَبِيعَه ، لم يَصِحَّ ، ولو نَوَى ذلك ، لم يَبْطُلْ . ولأنَّه رُوِيَ عن عمرَ ، رَضِيَ اللهُ عنه ، ما يَدُلُّ على إجازَتِه[18] .

(10 - 10) سقط من : الأصل .

(11) في م : « يحلها » .

(12) في الأصل : « رهبة » .

(13) أخرجه الحاكم ، في : باب لعن الله المحل والمحلل له ، من كتاب الطلاق . المستدرك 2 / 199 . والبيهقي ، في : باب ما جاء في نكاح المحلل ، من كتاب النكاح . السنن الكبرى 7 / 208 .

(14 - 14) سقط من : م .

(15) أخرجه البيهقي ، في : باب من جعل الثلاث واحدة وما ورد في خلاف ذلك ، من كتاب الخلع والطلاق . السنن الكبرى 7 / 337 . وسعيد بن منصور ، في : باب التعدي في الطلاق ، من كتاب الطلاق . السنن 1 / 262 .

(16 - 16) في ا ، ب : « وكما » .

(17) في م : « فشرط » .

(18) في ا : « إباحته وإجازته » .

فروَى[19] أبو حَفْصٍ ، بإسْنادِه عن محمدِ بن سِيرِينَ ، قال : قَدِمَ مَكَّةَ رَجُلٌ ، ومعه إخْوَةٌ له صِغَارٌ ، وعليه إزَارٌ ، من بين يَدَيْه رُقْعةٌ ، ومن خَلْفِه رقعةٌ ، فسأَلَ عمرَ ، فلم يُعْطِه شيئًا ، فبينما هو كذلك إذ نَزَغَ الشَّيْطانُ بين رَجُلٍ من قريشٍ وبين امْرَأتِه فطَلَّقَها ، فقال لها : هل لكِ أن / تُعْطِى ذا الرُّقْعَتَينِ شيئًا ، ويُحِلَّكِ لى ؟ قالت : نعم . إن شِئْتَ فأخْبِرْهُ[20] بذلك . قال : نعم ، فتَزَوَّجَها[21] ، ودَخَلَ بها[22] . فلما أصْبَحَتْ أدْخَلَتْ إخْوتَه الدارَ . فجاء القُرَشِيُّ يَحُومُ حَوْلَ الدارِ ، ويقول : يا وَيْلَه ، غُلِبَ على امْرَأتِه ، فأتَى عُمَرَ ، فقال : يا أمِيرَ المؤمنينَ ، غُلِبْتُ على امْرَأتِى . قال : مَنْ غَلَبَكَ ؟ قال : ذو الرُّقْعَتَينِ . قال : أرْسِلُوا إليه . فلما جاء الرسولُ ، قالت له المرأةُ : كيف مَوْضِعُكَ من قَوْمِكَ ؟ قال : ليس بمَوْضِعِى بَأْسٌ . قالتْ : إنَّ أمِيرَ المؤمنينَ يقولُ لك : طَلِّق امْرَأتَكَ . فقُلْ : لا ، واللهِ لا أُطَلِّقُها . فإنَّه لا يُكْرِهُك . وأَلْبَسَتْهُ حُلَّةً ، فلمَّا رآه عمرُ من بعيدٍ . قال : الحمدُ للهِ الذى رَزَقَ ذا الرُّقْعَتَينِ . فدَخَلَ عليه ، فقال : أتُطَلِّقُ امْرَأتَكَ ؟ قال : لا ، واللهِ لا أُطَلِّقُها . قال عمرُ : لو طَلَّقْتَها لأوْجَعْتُ رَأْسَكَ بالسَّوْطِ . ورواه[23] سعيدٌ[24] ، عن هُشَيْمٍ ، عن يُونُسَ بن عُبَيْدٍ ، عن ابنِ سِيرِينَ نحوًا من هذا ، وقال : من أهلِ المَدِينةِ . [25]وهذا قد[25] تَقَدَّمَ فيه الشَّرْطُ على العَقْدِ ، ولم يَرَ به عمرُ بَأْسًا . ولَنا ، قولُ النَّبِىِّ ﷺ : « لَعَنَ اللهُ المُحَلِّلَ والمُحَلَّلَ لَهُ » . وقولُ مَن سَمَّيْنا من الصَّحابةِ ، ولا مُخالِفَ لهم ، فيكونُ إجْماعًا ، ولأنَّه قَصَدَ به التَّحْلِيلَ ، فلم يَصِحَّ ،

٩٠/٧ و

---

(١٩) فى الأصل ، م : « وروى » .

(٢٠) فى ا ، ب ، م : « فأخبروه » .

(٢١) فى م : « وتزوجها » .

(٢٢) فى الأصل : « فدخل » .

(٢٣) فى ا ، ب ، م : « رواه » .

(٢٤) فى : باب ما جاء فى المحلل والمحلل له . سنن سعيد بن منصور ٢ / ٥٠ ، ٥١ .

كما أخرجه عبد الرزاق ، فى : باب التحليل ، من كتاب النكاح . المصنف ٦ / ٢٦٧ .

(٢٥ - ٢٥) فى الأصل : « وقد » .

كما لو شَرَطَه . أمَّا حديثُ ذِى الرُّقْعَتينِ ، فقال أحمدُ : ليس له إسْنادٌ ، يعنى أنَّ ابنَ سِيرِينَ لم يَذْكُرْ إسْنادَه إلى عمرَ . وقال أبو عُبَيْدٍ : هو مُرْسَلٌ . فأين هو من الذى سَمِعُوه[26] يَخْطُبُ به على المِنْبَرِ : لا أُوتَى بمُحَلِّلٍ ولا مُحَلَّلٍ له إلَّا رَجَمْتُهُما . ولأنَّه ليس فيه أنَّ ذا الرُّقْعَتينِ قَصَدَ التَّحْلِيلَ ، ولا نَوَاه ، وإذا كان كذلك ، لم يَتَنَاوَلْ مَحَلَّ النِّزَاعِ .

فصل : فإن شُرِطَ عليه أن يُحِلَّها قبلَ العَقْدِ ، فنَوَى بالعَقْدِ غيرَ ما شَرَطُوا عليه ، وقَصَدَ نِكاحَ رَغْبةٍ ، صَحَّ العقدُ ؛ لأنَّه خَلَا عن نِيَّةِ[27] التَّحْليلِ وشَرْطِه ، فصَحَّ ، كما لو لم يَذْكُرْ ذلك ، وعلى هذا يُحْمَلُ حديثُ ذِى الرُّقْعَتَيْنِ . وإن قَصَدَتِ المرأةُ التحليلَ أو وَلِيُّها دُونَ الزَّوْجِ ، لم يُؤَثِّرْ ذلك فى العَقْدِ . وقال الحسنُ ، وإبراهيمُ : إذا هَمَّ أحَدُ الثلاثةِ ، فَسَدَ النكاحُ . قال أحمدُ : كان الحَسَنُ وإبراهيمُ والتابِعُونَ يُشَدِّدُون فى ذلك . قال أحمدُ : الحَدِيثُ عن النَّبِىِّ ﷺ : « أَتُرِيدِينَ أنْ تَرْجِعِى إلَى رِفَاعةَ ؟ »[28] . ونِيَّةُ المرأةِ ليس بشىءٍ ، إنَّما قال النَّبِىُّ ﷺ : « لَعَنَ اللهُ المُحَلِّلَ والمُحَلَّلَ لَهُ » . ولأنَّ العقدَ إنَّما يَبْطُلُ بِنِيَّةِ الزَّوْجِ ؛ لأنَّه الذى إليه المُفَارَقَةُ والإمْساكُ ، أمَّا المرأةُ فلا تَمْلِكُ رَفْعَ العَقْدِ ، فوُجُودُ نِيَّتِها وعَدَمُها سواءٌ ، وكذلك الزَّوْجُ الأوَّلُ لا يملكُ شيئًا من العَقْدِ ، ولا مِن رَفْعِه ، فهو أجْنَبِىٌّ كسائرِ الأجانِبِ . فإن قيل : فكَيْفَ[29] لَعَنَه النَّبِىُّ / ﷺ ؟ قُلْنا : إنَّما لعَنهُ إذا رَجَعَ إليها بذلك التَّحْلِيلِ ؛ لأنَّها لم تَحِلَّ له ، فكان زانِيًا ، فاسْتَحَقَّ اللَّعْنةَ لذلك .

٩٠/٧ ظ

---

(٢٦) فى م : « سمعناه » .

(٢٧) سقط من : الأصل .

(٢٨) أخرجه البخارى ، فى : باب من أجاز طلاق الثلاث ، من كتاب الطلاق ، وفى : باب الإزار المهدب ، من كتاب اللباس ، وفى : باب التبسم والضحك ، من كتاب الأدب . صحيح البخارى ٧ / ٥٥ ، ١٨٤ ، ٨ / ٢٧ . ومسلم ، فى : باب لا تحل المطلقة ثلاثا لمطلقها حتى تنكح ... ، من كتاب النكاح . صحيح مسلم ٢ / ١٠٥٥ ، ١٠٥٦ . والترمذى ، فى : باب ما جاء فى من يطلق امرأته ... ، من أبواب النكاح . عارضة الأحوذى ٥ / ٤٢ . وابن ماجه ، فى : باب الرجل يطلق امرأته ثلاثا ... ، من كتاب النكاح . سنن ابن ماجه ١ / ٦٢١ ، ٦٢٢ . والدارمى ، فى : باب ما يحل المرأة لزوجها ... ، من كتاب الطلاق . سنن الدارمى ٢ / ١٦١ ، ١٦٢ .

(٢٩) فى ب ، م : « كيف » .

فصل : فإن اشترَى عبدًا ، فزوَّجها إيَّاه ، ثم وَهَبها إيَّاه لِيَنفسِخَ النِّكاحُ بمِلْكِها له ، لم يَصِحَّ . قال أحمدُ ، فى رِوايةِ حَنْبلٍ : إذا طَلَّقها ثلاثًا ، وأراد أن يُراجِعَها ، فاشْترَى عبدًا ، فأَعْتَقَه ، وزَوَّجها إيَّاه ، فهذا الذى نَهَى عنه عمرُ ، يُؤَدَّبانِ جميعا ، وهذا فاسدٌ ليس بكُفْءٍ ، وهو شِبْهُ المُحَلِّلِ . وعَلَّلَ أحمدُ فسادَه بشيئَيْنِ ؛ أحدهما ، شَبَهُه بالمُحَلِّلِ ، لأنَّه إنَّما زَوَّجه إيَّاها ليُحِلَّها له . والثانى ، كَوْنُه[30] ليس بكُفْءٍ لها ، وتَزْويجُه لها فى حالِ كونِه عبدًا أَبْلَغُ فى هذا المعنى ؛ لأنَّ العَبْدَ فى عَدَمِ الكفاءةِ أشَدُّ من المَوْلَى ، والسَّيِّدُ له سَبِيلٌ إلى إزَالةِ نِكاحِه من غيرِ إرادَتِه ، بأن يَهَبَه للمرأةِ ، فيَنْفَسِخ نِكاحُه[31] بمِلْكِها إيَّاه ، والمَوْلَى بخلافِ ذلك . ويَحْتَمِلُ أن يَصِحَّ النكاحُ ، إذا لم يَقْصِدِ العَبْدُ التَّحْليلَ ؛ لأنَّ المُعْتَبرَ فى الفَسادِ نِيَّةُ الزَّوْجِ ، لا نِيَّةُ غيرِه ، ولم يَنْوِ . وإذا كان مَوْلًى ولم يَنْوِ التحليلَ ، فهو أَوْلَى بالصِّحَّةِ ؛ لأنَّه لا سَبِيلَ لمُعْتِقِه إلى فَسْخِ نِكاحِه ، فلا[32] عِبْرةَ بنِيَّتِه .

فصل : ونِكاحُ المُحَلِّلِ فاسِدٌ ، يَثْبُتُ فيه سائرُ أحكامِ العُقُودِ الفاسدةِ ، ولا يَحْصُلُ به الإِحْصانُ[33] ، ولا الإِباحةُ للزَّوْجِ الأَوَّلِ ، كما لا يَثْبُتُ فى سائرِ العُقُودِ الفاسدةِ . فإن قيل : فقد سَمَّاه النَّبىُّ ﷺ مُحَلِّلًا ، وسَمَّى الزَّوْجَ مُحَلَّلًا له ، ولو لم يَحْصُلِ الحِلُّ لم يكُنْ مُحَلِّلًا ولا مُحَلَّلًا له . قُلْنا : إنَّما سَمَّاه مُحَلِّلًا ؛ لأنَّه قَصَدَ التَّحْليلَ فى موضِعٍ لا يَحْصُلُ فيه الحِلُّ ، كما قال ﷺ : « مَا آمَنَ بالْقُرْآنِ مَنِ اسْتَحَلَّ مَحارِمَهُ »[34] . وقال اللهُ تعالى : ﴿ يُحِلُّونَهُ عَامًا وَيُحَرِّمُونَهُ عَامًا ﴾[35] . ولو كان

---

(30) سقط من : ب .

(31) فى ب : « النكاح » .

(32) فى م : « ولا » .

(33) فى م زيادة : « واحد » .

(34) أخرجه الترمذى ، فى : باب حدثنا ... ، من أبواب فضائل القرآن . عارضة الأحوذى 11 / 40 .

(35) سورة التوبة 37 .

مُحَلِّلًا[٣٦] فى الحقيقةِ والآخَرُ مُحَلَّلًا له ، لم يكونا مَلْعُونَيْنِ .

١١٧٩ ـ مسألة ؛ قال : (**وَإِذَا عَقَدَ الْمُحْرِمُ نِكَاحًا[١] لِنَفْسِهِ أَوْ لِغَيْرِهِ ، أو عقد أحدٌ[٢] نكاحًا لِمُحْرِمٍ أَوْ[٢] عَلَى مُحْرِمَةٍ ، فَالنِّكَاحُ فَاسِدٌ**)

وجملتُه أنَّ المُحْرِمَ إذا تَزَوَّجَ لنَفْسِه ، أو عَقَدَ النِّكاحَ لغيرِه ، ككَوْنِه[٣] وَلِيًّا أو وَكِيلًا ، فإنَّه لا يَصِحُّ ؛ لقولِ النَّبِيِّ ﷺ : « لَا يَنْكِحُ الْمُحْرِمُ ، وَلَا يُنْكِحُ ، وَلَا يَخْطُبُ » . رواه مسلمٌ[٤] . وإن عَقَدَ الحَلَالُ نِكاحًا لمُحْرِمٍ ، بأن يكونَ وَكِيلًا له ، أو وَلِيًّا عليه ، أو عَقَدَه على مُحْرِمَةٍ ، لم يَصِحَّ ؛ لدُخُولِه فى عُمُومِ الحديثِ ، لأنَّه إذا تَزَوَّجَ له وَكِيلُه فقد نَكَحَ . وحكى القاضى فى كَوْنِ الْمُحْرِمِ وَلِيًّا لغيرِه رِوايَتَيْنِ ؛ إحداهما ، لا تَصِحُّ . وهى اختيارُ الْخِرَقِىِّ . والثانية ، تَصِحُّ . وهى اختيارُ أبى بكرٍ ؛ / لأنَّ النكاحَ حُرِّمَ على الْمُحْرِمِ ، لأنَّه من[٥] دَواعِى الوَطْءِ المُفْسِدِ للحَجِّ ، ولا يَحْصُلُ ذلك فيه بكَوْنِه وَلِيًّا فيه[٦] لغيرِه . والأَوَّلُ أَوْلَى ؛ لدُخُولِه فى عُمُومِ الخبرِ ، ولأنَّه عَقْدٌ لا يَصِحُّ للمُحْرِمِ ، فلا يَصِحُّ منه ، كشِرَاءِ الصَّيْدِ . وقد مَضَتْ هذه المسألةُ فى الحَجِّ بأَبْسَطَ من هذا الشَّرْحِ[٧] .

٩١/٧ و

١١٨٠ ـ مسألة ؛ قال : (**وَأَىُّ الزَّوْجَيْنِ وَجَدَ بِصَاحِبِهِ جُنُونًا ، أَوْ جُذَامًا ، أو**

---

(٣٦) فى الأصل ، ب : « محلا » .
(١) فى الأصل : « نكاحها » .
(٢) سقط من : ا ، م .
(٣) فى ب : « لكونه » .
(٤) تقدم تخريجه فى : ٥/ ١٦٣ .
(٥) فى ب ، م : « فى » .
(٦) سقط من : ا ، ب ، م .
(٧) تقدم فى الجزء الخامس ١٦٢ ــ ١٦٥ .

بَرَصًا ، أو كَانَتِ الْمَرْأَةُ رَتْقَاءَ ، أَوْ قَرْنَاءَ[1] ، أو عَفْلاءَ ، أو فَتْقَاءَ ، أو الرَّجُلُ مَجْنُونًا ، فَلِمَنْ وَجَدَ ذٰلِكَ مِنْهُمَا[2] بِصَاحِبِهِ الْخِيَارُ فِى فَسْخِ النِّكَاحِ)

الكلامُ فى هذه المسألة فى فصولٍ أربعةٍ :

الأول : أنَّ خِيارَ الفَسْخِ يَثْبُتُ لكلِّ واحدٍ من الزَّوْجَيْنِ لِعَيْبٍ[3] يَجدُه فى صاحِبِه فى الجملةِ . رُوِىَ ذلك عن عمرَ بن الخَطَّابِ ، وابنِه ، وابنِ عباسٍ . وبه قال جابرُ [4] بن زيد[4] ، والشافعىُّ ، وإسحاقُ . ورُوِىَ عن علىٍّ : لا تُرَدُّ الحُرَّةُ بِعَيْبٍ . وبه قال النَّخَعِىُّ ، والثَّوْرِىُّ ، وأصْحابُ الرَّأْىِ . وعن ابنِ مسعودٍ : لا يَنْفَسِخُ النِّكاحُ بعَيْبٍ . وبه قال أبو حنيفةَ . وأصحابُه ، إلَّا أن يكونَ الرجلُ مَجْبُوبًا أو عِنِّينًا ، فإنَّ للمرأةِ الخِيارَ ، فإن اخْتارتِ الفِراقَ ، فَرَّقَ الحاكمُ بينهما بطَلْقةٍ ، ولا يكونُ فَسْخًا ؛ لأنَّ وُجودَ العَيْبِ لا يَقْتَضِى فَسْخَ النِّكاحِ ، كالعَمَى والزَّمانةِ وسائرِ العُيُوبِ . ولَنا ، أنَّ المُخْتَلَفَ فيه عَيْبٌ يَمْنَعُ الوَطْءَ ، فأثْبَتَ الخِيارَ ، كالجَبِّ والعُنَّةِ ، ولأنَّ المرأةَ أحدُ العِوَضَيْنِ فى النِّكاحِ ، فجاز رَدُّه بالعَيْبِ[5] ، كالصَّداقِ ، أو أحدُ العِوَضَيْنِ فى عَقْدِ النكاحِ ، فجاز رَدُّه بالعَيْبِ ، أو أحدُ الزَّوْجَيْنِ ، فثَبَتَ له الخِيارُ بالعَيْبِ فى الآخرِ كالمرأةِ . وأمَّا غيرُ هذه العُيُوبِ ، فلا يَمْنَعُ المَقْصودَ بعَقْدِ النِّكاحِ ، وهو الوَطْءُ ، بخِلافِ العُيُوبِ المُخْتَلَفِ فيها . فإن قيل : فالجُنُونُ والجُذامُ والبَرَصُ لا يَمْنَعُ الوَطْءَ . قُلْنا : بل يَمْنَعُه ؛ فإنَّ ذلك يُوجِبُ نَفْرَةً تَمْنَعُ قُرْبانَه بالكُلِّيَّةِ ومَسَّه ، ويُخَافُ منه التَّعَدِّى إلى نَفْسِه ونَسْلِه ، والمَجْنُونُ[6] يُخافُ

---

(١) سقط من : الأصل .

(٢) سقط من : ا ، ب .

(٣) فى الأصل ، ب : « للعيب » .

(٤ – ٤) سقط من : م .

(٥) فى الأصل ، ب : « بعيب » .

(٦) فى ا ، ب : « والجنون » .

منه الجِنايةُ ، فصار كالمانِع الحِسِّيِّ .

الفصل الثانى : فى عَدَدِ العيوبِ المُجَوِّزَةِ للفَسْخ ، وهى فيما[7] ذكَرَ[8] الخِرَقِيُّ ثمانيةٌ : ثلاثةٌ يشْترِكُ فيها الزَّوْجان ؛ وهى : الجُنُونُ ، والجُذَامُ ، والبَرَصُ . واثنـان يَخْتصَّانِ الرَّجُلَ ؛ وهما الـجَبُّ ، والعُنَّـةُ . وثلاثةٌ تَخْـتَصُّ المرأةَ[9] ؛ وهـى الفَتْـقُ ، والقَرْنُ ، والعَفَلُ . وقال القاضى : هى سَبْعةٌ . جَعَلَ القَرْنَ والعَفَلَ شيئا واحدًا ، وهو الرَّتْقُ أيضا ، وذلك لحمٌ يَنْبُتُ فى الفَرْجِ . وحكى ذلك عن أهل الأدَبِ ، وحُكِيَ نَحوُه عن أبى بكرٍ ، وذَكره[10] أصحابُ الشافعىِّ . وقال الشافعىُّ / : القَرْنُ عَظْمٌ فى الفَرْجِ يَمْنَعُ الوَطْءَ . وقال غيرهُ : لا يكونُ فى الفَرْجِ عَظْمٌ ، إنَّما هو لَحْمٌ يَنْبُتُ فيه . وحُكِيَ عن أبى حَفْصٍ ، أنَّ العَفَلَ كالرَّغْوَةِ فى الفَرْجِ ، يَمْنَعُ لَذَّةَ الوَطْءِ . فعلى هذا يكون عَيْبًا نامِيًا . وقال أبو الخَطَّابِ : الرَّتْقُ أن يكون الفَـرْجُ مَسْدُودًا . يعنـى [11]أن يكـونَ[11] مُلْتَصِقًا لا يَدْخُلُ الذَّكَرُ فيه . والقَرْنُ والعَفَلُ لَحْمٌ يَنْبُتُ فى الفَرْجِ فيَسُدُّه ، فهما فى مَعْنَى الرَّتْقِ ، إلَّا أنَّهما نَوْعٌ آخرُ . وأمَّا الفَتْقُ فهو انْخِراقُ ما بين مَجْرَى البَوْلِ ومَجْرَى المَنِىِّ . وقيل : ما بين القُبُلِ والدُّبُرِ . وذكَرها أصحابُ الشافعىِّ سَبْعةً ، أسْقَطُوا منها الفَتْقَ ، ومنهم من جَعَلَها سِتَّةً ، جعَل القَرْنَ والعَفَلَ شيئا واحدًا . وإنما اخْتصَّ الفَسْخُ بهذه العُيُوبِ ؛ لأنَّها تَمْنَعُ الاسْتِمتاعَ المَقْصُودَ بالنكاح ، فإنَّ الجُذَامَ والبَرَصَ يُثِيرانِ نَفْرَةً فى النَّفْسِ تَمْنَعُ قُرْبانَه ، ويُخْشَى تَعَدِّيه إلى النَّفْسِ والنَّسْلِ ، فيَمْنَعُ الاسْتِمْتاعَ ، والجُنُونُ يُثِيرُ نَفْرةً ويُخْشَى ضَرَرُهُ ، والـجَبُّ والرَّتْـقُ يتعَـذَّرُ معـه الـوَطْءُ ، والفَتْـقُ يَمْنَـعُ لَـذَّةَ الـوَطْءِ وفـائِدَتَـه ، وكذلـك العَفَـلُ ، على قولِ مَنْ فَسَّره بالرَّغْـوةِ .

٩١/٧ ظ

---

(٧) فى الأصل ، ا : « ما » .

(٨) فى الأصل : « ذكره » .

(٩) فى ا ، م : « بالمرأة » .

(١٠) فى الأصل : « وذكر نحوه » .

(١١ - ١١) سقط من : الأصل ، ب .

فإن اخْتَلَفَا فى وُجُودِ العَيْبِ ، مثل أن يكونَ بجَسَدِه[١٢] بَياضٌ يُمْكِنُ أن يكونَ بَهَقًا أو مرارًا ، واخْتَلَفا فى كونِه بَرَصًا ، أو كانت به علاماتُ الجُذَامِ ، من ذهَابِ شَعْرِ الحاجِبَيْنِ ، فاخْتَلَفا فى كونِه جُذَامًا ، فإن كانت[١٣] للمُدَّعِى بَيِّنَةٌ من أهلِ الخِبْرَةِ والثِّقَةِ ، يَشْهَدانِ له بما قال ، ثَبَتَ قَوْلُه ، وإلَّا حَلَفَ المُنْكِرُ ، والقولُ قولُه ؛ لقولِ النَّبىِّ ﷺ : « وَلٰكِنَّ اليَمِينَ عَلَى المُدَّعَى عَلَيْهِ »[١٤] . وإن اخْتلَفا فى عُيُوبِ النِّساءِ ، أُرِيَتِ النِّساءَ الثِّقاتَ ، ويُقْبَلُ فيه قولُ امرأةٍ واحدةٍ ، فإن شَهِدَتْ بما قال الزَّوْجُ ، وإلَّا فالقولُ قولُ المرأةِ . وأمَّا الجُنُونُ ، فإنه يُثْبِتُ الخِيارَ ، سواءٌ كان مُطْبِقًا أو كان يُجَنُّ فى الأَحْيانِ ؛ لأنَّ النَّفْسَ لا تَسْكُنُ إلى مَنْ هذه[١٥] حالُه ، إلَّا أن يكونَ مَرِيضًا يُغْمَى عليه ، ثم يَزُولُ ، فذلك مَرَضٌ لا يَثْبُتُ به خِيارٌ . فإن زالَ المَرَضُ ، ودام به الإِغْماءُ ، فهو كالجُنُونِ ، يَثْبُتُ به الخِيارُ ، وأمَّا الجَبُّ ، فهو أن يكونَ جميعُ ذَكَرِه مَقْطُوعًا ، أو لم يَبْقَ منه إلَّا ما لا يُمْكِنُ الجِماعُ به ، فإن بَقِىَ منه ما يُمْكِنُ الجِماعُ به ، ويَغِيبُ منه فى الفَرْجِ قَدْرُ الحَشَفَةِ ، فلا خِيارَ لها ؛ لأنَّ الوَطْءَ يُمْكِنُ[١٦] . وإن اخْتَلَفا فى ذلك ، فالقولُ قولُ المرأةِ ؛ لأنَّه يَضْعُفُ بالقَطْعِ ، والأصْلُ عَدَمُ الوَطْءِ . ويَحْتَمِلُ أنَّ القولَ قولُه ، كما لو ادَّعَى الوَطْءَ فى العُنَّةِ ، ولأنَّ له ما يُمْكِنُ الجِماعُ بمِثْلِه ، فأشْبَهَ مَنْ له ذَكَرٌ قَصِيرٌ .

الفصل الثالث : أنَّه لَا يَثْبُتُ الخِيَارُ لغير ما ذكَرْناه ؛ لأنَّه لا يَمْنَعُ من الاسْتِمْتاعِ المَعْقُودِ[١٧] عليه ، ولا يُخْشَى تَعَدِّيه ، فلم يُفْسَخْ[١٨] به / النكاحُ ، كالعَمَى والعَرَجِ ، ٩٢/٧و

---

(١٢) فى ب : « فى جسده » .

(١٣) فى ب : « كان » .

(١٤) تقدم تخريجه فى : ٦ / ٥٢٥ .

(١٥) فى م : « هذا » .

(١٦) فى ب : « ممكن » .

(١٧) فى م : « بالمعقود » .

(١٨) فى م : « ينفسخ » .

ولأنَّ الفَسْخَ إنَّما يَثْبُتُ بنَصٍّ أو إجْماعٍ أو قِياسٍ ، ولا نَصَّ فى غيرِ هذه[19] ولا إجماعَ ، ولا يَصِحُّ قِياسُها على هذه العُيوبِ ؛ لما بينهما من الفَرْقِ . وقال أبو بكرٍ ، وأبو حَفْصٍ : إذا كان أحَدُهُما لا يَسْتَمْسِكُ بَوْلَه ولا خَلاؤُه ، فللآخَرِ الخِيارُ . قال أبو الخَطَّابِ : ويتخَرَّجُ على ذلك مَنْ به الْباسُورُ ، والنَّاصُورُ[20] ، والقُرُوحُ السَّيَّالَةُ فى الفَرْجِ ، لأنَّها تُثِيرُ نَفْرةً ، وتَتَعَدَّى نَجاسَتُها ، وتُسَمَّى مَنْ لا تَحْبِسُ نَجْوَها[21] الشَّرِيمَ ، ومن لا تَحْبِسُ بَوْلَها المَشْولةَ[22] ، ومثلُها من الرِّجالِ الأَفِينُ . قال أبو حَفْصٍ : والخِصاءُ عَيْبٌ يُرَدُّ به . وهو أحَدُ قَوْلَىِ الشافعىِّ ؛ لأنَّ فيه نَقْصًا وعارًا ، ويَمْنَعُ الوَطْءَ أو يُضْعِفُه . وقد رَوَى أبو عُبَيْدٍ ، بإسنادِه عن سليمانَ بن يَسارٍ ، أنَّ ابنَ سَنْدَرٍ تزَوَّجَ امرأةً وهو خَصِىٌّ ، فقال له عمرُ : أعْلَمْتَها ؟ قال : لا . قال : أعْلِمْها ، ثم خَيِّرْها[23] . وفى البَخَرِ ، وكَوْنِ أحَدِ الزَّوْجَيْنِ خُنْثَى ، وَجْهان ؛ أحدهما ، يَثْبُتُ الخِيارُ ؛ لأنَّ فيه نَفْرَةً ونَقْصًا وعارًا ، والبَخَرُ : نَتَنُ الفَمِ . وقال ابنُ حامِدٍ : هو نَتَنٌ فى الفَرْجِ ، يَثُورُ عندَ الوَطْءِ . وهذا إن أرادَ به أنَّه يُسَمَّى أيضًا بَخَرًا ، ويُثْبِتُ الخيارَ ، وإلَّا فلا مَعْنَى له ، فإنَّ نَتَنَ الفَمِ يُسَمَّى بَخَرًا ، ويَمْنَعُ مُقارَبَةَ صاحِبِه إلَّا على كُرْهٍ . وما عَدَا هذه[24] فلا يُثْبِتُ الخِيارَ ، وَجْهًا واحدًا ، كالقَرَعِ ، والعَمَى ، والعَرَجِ ، وقَطْعِ اليَدَيْنِ والرِّجْلَيْنِ ؛ لأنَّه لا يَمْنَعُ الاسْتِمْتاعَ ، ولا يُخْشَى تَعَدِّيه . ولا نعلمُ فى هذا بين أهلِ العلمِ خِلافًا ، إلَّا أنَّ الحَسَنَ قال : إذا وَجَدَ الآخَرَ عَقِيمًا يُخَيَّرُ . وأَحَبَّ أحمدُ (25 أن يتَبَيَّنَ 25) أمْرَه ، وقال : عَسَى

---

(19) فى ا ، ب ، م : « هذا » .

(20) فى م : « والناسور » . وهما بمعنى .

(21) النجو : ما يخرج من البطن من ريح وغائط .

(22) فى ا ، ب : « الماسولة » .

(23) وأخرجه ابن أبى شيبة ، فى : باب ما قالوا فى المرأة يتزوجها الخصى ، من كتاب النكاح . المصنف ٤ / ٤٠٦ . باختلاف يسير فى لفظه .

(24) فى ا ، م : « هذا » .

(25 - 25) فى ب ، م : « تبيين » .

امْرَأته تُرِيدُ الوَلَدَ . وهذا فى ابْتِداءِ النكاحِ ، فأمَّا الفَسْخُ فلا يَثْبُتُ به ، ولو ثَبَتَ بذلك لثَبَتَ فى الآيِسَةِ ، ولأنَّ ذلك لا يُعْلَمُ ، فإنَّ رِجالًا لا يُولَدُ لأحَدِهم وهو شابٌّ ، ثم يُولَدُ له وهو شَيْخٌ ، ولا[٢٦] يَتحقَّقُ ذلك منهما[٢٧] . وأما سائرُ العُيُوبِ فلا يَثْبُتُ بها فَسْخٌ عندَهم . واللهُ أعلمُ .

الفصل الرابع : أنَّه إذا أصاب أحَدُهما بالآخرِ عَيْبًا ، وبه عَيْبٌ من غيرِ جِنْسِه ، كالأبْرصِ يَجِدُ المرأةَ مَجْنُونةً أو مَجْذومةً ، فلكلِّ واحدٍ منهما الخِيارُ ؛ لوُجُودِ سَبَبِه ، إلَّا أن يَجِدَ المَجْبُوبُ المرأةَ رَتْقاءَ ، فلا يَنْبَغِى أن يَثْبُتَ لهما[٢٨] خِيارٌ[٢٩] ؛ لأنَّ عَيْبَه ليس هو المانعَ لصاحِبه من الاسْتِمْتاعِ ، وإنَّما امْتَنعَ لِعَيْبِ نَفْسِه . وإن وَجَدَ أحَدُهما بصاحِبه عَيْبًا به مِثْلُه ، ففيه وَجْهان ؛ أحدهما ، لا خِيارَ لهما ؛ لأنَّهما مُتَساوِيانِ ، ولا مَزِيَّةَ لأحَدِهما على صاحِبه ، فأشْبَها الصَّحِيحَيْنِ . والثانى ، له الخِيارُ ؛ لوُجُودِ سَبَبِه ، فأشْبَهَ ما لو غُرَّ عَبْدٌ بأمَةٍ .

٩٢/٧ ظ **فصل** : وإن حَدَثَ العَيْبُ بأحَدِهما بعدَ العَقْدِ / ، ففيه وَجْهان ؛ أحدهما ، يَثْبُتُ الخِيارُ . وهو ظاهرُ قولِ الخِرَقِىِّ ؛ لأنَّه قال : فإن جُبَّ قبل الدُّخُولِ[٣٠] ، فلها الخِيارُ فى وَقْتِها ؛ لأنَّه عَيْبٌ فى النِّكاحِ يُثْبِتُ[٣١] الخيارَ مُقارِنًا ، فأثْبَتَه طارِئًا ، كالإِعْسارِ وكالرِّقِّ ، فإنَّه يُثْبِتُ الخِيارَ إذا قارَنَ ، مثل أن تُغَرَّ الأمَةُ من عَبْدٍ ، ويُثْبِتُه إذا طَرَأَتِ الحُرِّيَّةُ ، مثل إن عَتَقَتِ[٣٢] الأمَةُ تحتَ العَبْدِ ، ولأنَّه عَقْدٌ على مَنْفَعةٍ ، فحُدُوثُ العَيْبِ بها

---

(٢٦) فى م : « فلا » .

(٢٧) سقط من : ا ، ب .

(٢٨) فى الأصل : « لها » .

(٢٩) فى ا ، م : « الخيار » .

(٣٠) فى ا : « الحول » .

(٣١) فى الأصل زيادة : « به » .

(٣٢) فى م : « أعتقت » .

يثبتُ الخِيارَ ، كالإجارةِ . والثانى ، لا يُثْبِتُ الخِيارَ . وهو قولُ أبى بكرٍ وابنِ حامدٍ . ومذهبُ مالكٍ ؛ لأنّه عَيْبٌ حَدَثَ بالمَعْقُودِ عليه بعدَ لُزُومِ العَقْدِ ، أشْبَهَ الحادِثَ بالمَبيعِ[٣٣] . وهذا يَنْتَقِضُ بالعَيْبِ الحادِثِ فى الإجارةِ . وقال أصحابُ الشافعىِّ : إن حَدَثَ بالزَّوْجِ ، أثْبتَ[٣٤] الخِيارَ ، وإن حَدَثَ بالمرأةِ ، فكذلك ، فى أحدِ الوَجْهين ، والآخرِ ، لا يُثْبِتُه ؛ لأنَّ الرَّجُلَ يُمْكِنُه طَلَاقُها ، بخِلافِ المرأةِ . ولَنا ، أنَّهما تَساوَيا فيما إذا كان العَيْبُ سابِقًا ، فتساوَيا فيه لاحِقًا ، كالمُتَبايِعَيْنِ .

فصل : ومن شَرْطِ ثُبُوتِ الخِيارِ بهذه العيوبِ ، أن لا يكونَ عالِمًا بها وَقْتَ العَقْدِ ، ولا يَرْضَى بها بعدَه ، فإن عَلِمَ بها فى العَقْدِ ، أو بعدَه فرَضِىَ ، فلا خِيارَ له . لا نعلمُ فيه خلافًا ؛ لأنَّه رَضِىَ به ، فأشْبَهَ مُشْتَرِىَ المَعِيبِ . وإن ظَنَّ العَيْبَ يَسِيرًا فبانَ كثيرًا ، كمن ظَنَّ أنَّ البَرَصَ فى قليلٍ من جَسَدِه ، فبانَ فى كثيرٍ منه ، فلا خِيارَ له أيضا ؛ لأنَّه من جِنْسِ ما رَضِىَ به . وإن رَضِىَ بعَيْبٍ ، فبان به غيرُه ، فله الخِيارُ ؛ لأنَّه وَجَدَ به عيبًا لم يَرْضَ به ، ولا بجِنْسِه ، فثَبَتَ له الخِيارُ ، كالمَبيعِ إذا رَضِىَ بعَيْبٍ فيه ، فوَجَدَ به غيرَه . وإن رَضِىَ بعيبٍ ، فزادَ بعدَ العَقْدِ ، كأنْ[٣٥] كان به قليلٌ من البَرَصِ ، فانْبَسطَ فى جِلْدِه[٣٦] ، فلا خِيارَ له ؛ لأنَّ رِضَاهُ به[٣٧] رِضًى بما يَحْدُثُ منه .

فصل : وخِيارُ العَيْبِ ثابِتٌ على التَّراخِى ، لا يَسْقُطُ ، مالم يُوجَدْ منه ما يَدُلُّ على الرِّضَى به ، من القولِ[٣٨] ، أو الاسْتِمْتاعِ[٣٩] من الزَّوْجِ ، أو التَّمْكينِ من المرأةِ . هذا ظاهرُ كلامِ الْخِرَقِىِّ ؛ لقوله : فإن عَلِمَتْ أنَّه عِنِّينٌ ، فسَكَتَتْ عن المُطالَبةِ ، ثم طالَبَتْ

---

(٣٣) فى ا ، م : « بالبيع » .

(٣٤) فى م : « ثبت » .

(٣٥) فى الأصل ، ا ، ب : « كأنه » .

(٣٦) فى الأصل : « جسده » .

(٣٧) سقط من : ب .

(٣٨) فى الأصل : « القبول » .

(٣٩) فى ا ، م : « والاستمتاع » .

بعدُ ، فلها ذلك . وذَكَر القاضى أنَّه على الفَوْرِ . وهو مذهبُ الشافعيِّ . فمتى أَخَّرَ الفَسْخَ مع العِلْمِ والإمكانِ ، بَطَلَ خِيارُه ؛ لأنَّه خِيارُ الرَّدِّ بالعَيْبِ . فكان على الفَوْرِ ، كالذى فى البَيْعِ . ولَنا ، أنَّه خِيارٌ[40] لدَفْعِ ضَرَرٍ مُتَحَقِّقٍ ، فكان على التَّراخِى ، كخِيارِ القِصَاصِ ، وخِيارُ العَيْبِ فى المَبِيعِ يَمْنَعُه ، ثم الفرق بينهما أنَّ ضَرَرَه فى الْمَبِيعِ غيرُ مُتَحَقِّقٍ[41] ؛ لأنَّه قد يكونُ المقصودُ ماليَّتَه أو خِدْمَتَه ، ويَحْصُلُ ذلك مع عَيْبِه . وهٰهُنا المقصودُ الاسْتِمْتاعُ ، ويَفُوتُ ذلك بِعَيْبِه . / وأمَّا خِيارُ المُجْبَرةِ والشُّفْعَةِ والمَجْلِسِ ، فهو لِدَفْعِ ضَرَرٍ غيرِ مُتَحَقِّقٍ .

٩٣/٧ و

فصل : ويَحتاجُ الفسخُ إلى حُكْمِ حاكِمٍ ؛ لأنَّه مُجْتَهَدٌ فيه ، فهو كفَسْخِ العُنَّةِ ، والفَسْخِ للإعْسارِ بالنَّفَقةِ . ويخالفُ خِيارَ المُعْتَقَةِ ؛ فإنَّه مُتَّفَقٌ عليه .

١١٨١ - مسألة ؛ قال : (وَإِذَا فَسَخَ قَبْلَ الْمَسِيسِ ، فَلَا مَهْرَ ، وَإِنْ كَانَ بَعْدَهُ ، وادَّعَى أَنَّهُ مَا عَلِمَ ، حَلَفَ ، وكَانَ لَهُ أَنْ يَفْسَخَ ، وعَلَيْهِ المَهْرُ ، يَرْجِعُ بِهِ عَلَى مَنْ غَرَّهُ)

الكلامُ فى هذه المسألةِ فى فصولٍ أربعة :

أحدها : أنَّ الفَسْخَ إذا وُجِدَ قبلَ الدُّخولِ ، فلا مَهْرَ لها عليه ، سواءٌ كان من الزَّوْجِ أو المرأةِ . وهذا قولُ الشافعيِّ ؛ لأنَّ الفَسْخَ إن كان منها ، فالفُرْقَةُ من جِهَتِها ، فسَقَطَ مَهْرُها ، كما لو فَسَخَتْهُ[1] بِرَضَاعِ زَوْجةٍ له أُخْرَى ، وإن كان منه ، فإنَّما فَسَخَ لعَيْبٍ بها دَلَّسَتْه بالإخْفاءِ ، فصار الفَسْخُ كأنَّه منها . فإن قيل : فهَلَّا جَعَلْتُمْ فَسْخَها لِعَيْبِه[2] ،

---

(٤٠) فى م زيادة : « له » .

(٤١) فى الأصل : « محقق » .

(١) فى ا ، م : « فسخه » .

(٢) فى ا ، م : « لعيب » .

كأنَّه منه ؛ لحُصُولِه بتَدْلِيسِه ؟ قُلْنا : العِوَضُ من الزَّوْجِ فى مُقابَلَةِ مَنافِعِها ، فإذا اختارَتْ فَسْخَ العَقْدِ مع سَلامةِ ما عَقَدَتْ عليه ، رَجَعَ العِوَضُ إلى العاقِدِ معها ، وليس من جِهَتِها عِوَضٌ فى مُقابَلةِ مَنافِعِ الزَّوْجِ ، وإنَّما ثَبَتَ[3] لها الخِيارُ لأجْلِ ضَرَرٍ يَلْحَقُها ، لا لتَعَذُّرِ ما استَحَقَّتْ عليه فى مُقابَلَتِه عِوَضًا ، فافْتَرَقا .

الفصل الثانى : أنَّ الفَسْخَ إذا كان بعدَ الدُّخولِ ، فلها المَهْرُ ؛ لأنَّ المهرَ يَجِبُ بالعَقْدِ ، ويَسْتَقِرُّ بالدُّخولِ ، فلا يَسْقُطُ بحادِثٍ[4] بعدَه ، ولذلك لا يَسْقُطُ برِدَّتِها ، ولا بفَسْخٍ من جِهَتِها ، ويجبُ المَهْرُ المُسَمَّى . وذكر القاضى ، فى « المُجَرَّدِ » فيه رِوايتَيْنِ ؛ إحداهما ، يجبُ المُسَمَّى . والأُخْرَى ، مَهْرُ المِثْلِ ، بناءً على الرِّوايتَيْنِ فى العَقْدِ الفاسدِ . وقال الشافعىُّ : الواجبُ مهرُ المِثْلِ ؛ لأنَّ الفَسْخَ اسْتَنَدَ إلى العَقْدِ ، فصار كالعَقْدِ الفاسدِ . ولَنا ، أنَّها فُرْقَةٌ بعدَ الدُّخولِ فى نكاحٍ صحيحٍ فيه (5 مُسَمًّى[6] صحيحٌ 5) ، فوَجَبَ المُسَمَّى ، كغَيْرِ[7] المَعِيبةِ ، وكالمُعْتَقةِ تحتَ عَبْدٍ . والدليلُ على أنَّ النِّكاحَ صحيحٌ ، أنَّه وُجِدَ بشُرُوطِه وأركانِه ، فكان صحيحًا ، كما لو لم يَفْسَخْه ، ولأنَّه لو لم يَفْسَخْه لَكان صحيحًا ، فكذلك إذا فَسَخَه ، كنِكاحِ الأَمَةِ إذا عَتَقَتْ تحتَ عَبْدٍ ، ولأنَّه تَتَرَتَّبُ عليه أحكامُ الصِّحَّةِ من ثُبُوتِ الإِحْصانِ والإِباحةِ للزَّوْجِ الأوَّلِ ، وسائرُ أحكامِ الصَّحِيحِ[8] ، ولأنَّه لو كان فاسدًا لَمَا جاز إبْقاؤُه وتَعَيَّنَ فَسْخُه . وما ذَكَرُوه غيرُ صحيحٍ ؛ فإنَّ الفَسْخَ يَثْبُتُ حُكْمُه من[9] حِينِه ، غيرَ سابِقٍ عليه ، وما وَقَعَ على صِفَةٍ يَسْتَحِيلُ أن يكونَ واقعًا على غيرِها . وكذلك لو فُسِخَ البَيْعُ بعَيْبٍ[10] / ، لم

٩٣/٧ ظ

(٣) فى ا ، ب : « يثبت » .

(٤) فى الأصل : « لحادث » .

(٥ – ٥) سقط من : الأصل .

(٦) فى ب ، م : « سمى » .

(٧) فى ا ، م : « لغير » .

(٨) فى م : « الصحة » .

(٩) فى ا ، م : « فى » .

(١٠) فى الأصل : « لعيب » .

يَصِير العَقْدُ فاسدًا ، ولا يكونُ النَّماءُ لغيرِ المُشْتَرِى ، ولو كان المَبِيعُ[١١] أَمَةً ، فوَطِئَها ، لم يَجِبْ به مَهْرُها ، فكذلك النكاحُ .

الفصل الثالث : إذا عَلِمَ بالعَيْبِ وقتَ العَقْدِ ، أو بعدَه ثم وُجِدَ منه رِضًى ، أو دَلالةٌ عليه ، كالدُّخولِ بالمرأةِ ، أو تَمْكِينِها[١٢] إيَّاه من الوَطْءِ ، لم يَثْبُتْ له الفَسْخُ ؛ لأنَّه رَضِىَ بإسْقاطِ حَقِّه فسَقَطَ ، كما لو عَلِمَ المشترِى بالعَيْبِ فرَضِيَه . وإذا اخْتلفَا فى العِلْمِ ، فالقولُ قولُ مَنْ يُنْكِرُه ؛ لأنَّ الأَصْلَ عَدَمُه .

الفصل الرابع : أنَّه يَرْجِعُ بالمَهْرِ على مَنْ غَرَّه . وقال أبو بكرٍ : فيه روايتان ؛ إحداهما ، يَرْجِعُ به[١٣] . والأُخْرَى : لا يَرْجِعُ . والصحيحُ أنَّ المذهبَ روايةٌ واحدةٌ ، وأنَّه يَرْجِعُ به[١٤] ؛ فإنَّ أحمدَ قال : كنتُ أذْهَبُ إلى قولِ علىٍّ فهِبْتُه ، فمِلْتُ إلى قولِ عمرَ : إذا تَزَوَّجَها ، فرأَى جُذَامًا أو بَرَصًا ، فإنَّ لها المَهْرَ بمَسِيسِه[١٥] إيَّاها ، ووَلِيُّها ضامِنٌ للصَّدَاقِ . وهذا يَدُلُّ على أنَّه رَجَعَ إلى هذا القولِ ، وبه قال الزُّهْرِىُّ ، وقَتادةُ ، ومالكٌ ، والشافعىُّ فى القديمِ . ورُوِىَ عن علىٍّ أنَّه قال[١٦] : لا يَرْجِعُ[١٧] . وبه قال أبو حنيفةَ ، والشافعىُّ فى الجديدِ ؛ لأنَّه ضَمِنَ ما اسْتَوْفَى بَدَلَه ، وهو الوَطْءُ ، فلا يَرْجِعُ به على غيرِه ، كما لو كان المَبِيعُ مَعِيبًا فأكَلَه . ولَنا ، ما رَوَى مالكٌ ، عن يَحْيَى بن سعيدٍ ، عن سعيدِ بن المُسَيَّبِ ، قال : قال عمرُ بن الخَطَّابِ : أَيُّما رَجُلٍ تَزَوَّجَ بامْرأةٍ بها جُنُونٌ أو جُذَامٌ أو بَرَصٌ ، فمَسَّها ، فلها صَدَاقُها ، وذلك لزَوْجِها غُرْمٌ على وَلِيِّها[١٨] . ولأنَّه

---

(١١) فى الأصل ، م : « البيع » .
(١٢) فى الأصل : « وتمكينها » .
(١٣) سقط من : الأصل .
(١٤) سقط من : الأصل ، ب .
(١٥) فى الأصل : « لمسيسه » .
(١٦) سقط من : الأصل ، ا ، ب .
(١٧) أخرجه البيهقى ، فى : باب ما يرد به النكاح من العيوب ، من كتاب النكاح . السنن الكبرى ٧ / ٢١٥ .
(١٨) أخرجه البيهقى ، فى : باب ما يرد به النكاح من العيوب ، من كتاب النكاح . السنن الكبرى ٧ / ٢١٤ ، =

غَرَّه فى النِّكاحِ بما[19] يُثْبِتُ[20] الخِيارَ ، فكان المَهْرُ عليه ، كما لو غَرَّه بحُرِّيَّةِ أَمَةٍ . وإذا ثَبَتَ هذا ، فإن كان الوَلِىُّ عَلِمَ غَرِمَ ، وإن لم يكنْ عَلِمَ فالتَّغْرِيرُ من المرأةِ ، فيَرْجِعُ عليها[21] بجميعِ الصَّدَاقِ . وإن اخْتلَفُوا فى عِلْمِ الوَلِىِّ ، فشَهِدَتْ بَيِّنَةٌ عليه بالإِقْرارِ بالعِلْمِ ، وإلَّا فالقولُ قولُه مع يَمِينِه . قال الزهرىُّ ، وقَتادةُ : إن عَلِمَ الوَلِىُّ غَرِمَ ، وإلَّا اسْتُحْلِفَ باللهِ العَظِيمِ[22] ؛ أنَّه ما عَلِمَ، ثم هو على الزَّوْجِ . وقال القاضى: إن كان أبًا، أو جَدًّا ، أو ممَّن يجوزُ له أن يَراها ، فالتَّغْرِيرُ من جِهَتِه ، عَلِمَ أو لم يَعْلَمْ . وإن كان ممَّن لا يجوزُ له أن يَراها ، كابْنِ العَمِّ ، والمَوْلَى ، وعَلِمَ غَرِمَ ، وإن أنْكَرَ ، ولم تَقُمْ بَيِّنَةٌ بإقْرارِه ، فالقولُ قولُه ، ويَرْجِعُ على المرأةِ بجميعِ الصَّداقِ . وهذا قولُ مالكٍ ، إلَّا أنَّه قال : إذا رَدَّتِ المرأةُ ما أخَذَتْ ، تُرِكَ لها قَدْرَ ما تُسْتَحَلُّ به ، لئلَّا تَصِيرَ كالمَوْهُوبةِ . وللشافعىِّ قَوْلان ، كقولِ مالكٍ والقاضِى . ولَنا ، على أنَّ الوَلِىَّ إذا لم يَعْلَمْ لا يَغْرَمُ ، أنَّ التَّغْرِيرَ[23] من غيرِه ، فلم يَغْرَمْ ، كما لو كان ابنَ عَمٍّ . وعلى أنَّه يرجعُ بكلِّ الصداقِ ، أنَّه مَغْرُورٌ / منها ، فرَجَعَ بكلِّ الصَّداقِ ، كما لو غَرَّه الوَلِىُّ . وقولهم : لا يَخْفَى على مَنْ يَراها . لا يَصِحُّ ؛ فإنَّ عُيُوبَ الفَرْجِ لا اطِّلاعَ له عليها ، ولا يَحِلُّ له رُؤْيَتُها ، وكذلك العيوبُ تحت الثِّيابِ ، فصار فى هذا كمَنْ لا يَراها ، إلَّا فى الجُنُونِ ، فإنَّه لا يكادُ يَخْفَى على مَنْ يَراها ، إلَّا أن يكونَ غائبًا . وأمَّا الرُّجوعُ بالمَهْرِ ، فإنَّه لسَبَبٍ آخرَ ، فيكونُ بمَنْزِلةِ ما لو وَهَبَتْه إيَّاه ، بخلافِ المَوْهُوبةِ .

٩٤/٧و

فصل : إذا طَلَّقَها[24] قبلَ الدُّخولِ ، ثم عَلِمَ أنَّه كان بها عَيْبٌ ، فعليه نِصْفُ

= ٢١٥ . وعبد الرزاق ، فى : باب ما رد من النكاح ، من كتاب النكاح . المصنف ٦ / ٢٤٤ . وابن أبى شيبة ، فى : باب المرأة يتزوجها الرجل وبها برص ... ، من كتاب النكاح . المصنف ٤ / ١٧٥ . وليس فى الموطأ .

(١٩) فى الأصل : « لما » .

(٢٠) فى م زيادة : « به » .

(٢١) فى م : « عليه » .

(٢٢) لم يرد فى : ا ، ب .

(٢٣) فى م : « الغرير » .

(٢٤) فى م : « طلقا » .

الصَّداقِ ، ولا يَرْجِعُ به ؛ لأنَّه رَضِيَ بالْتِزامِ نِصْفِ الصَّداقِ ، فلم يَرْجِعْ على أحدٍ . وإن ماتتْ أو ماتَ قبل العِلْمِ بالعَيْبِ ، فلها الصَّداقُ كاملًا ، ولا يرجعُ على أحدٍ ؛ لأنَّ سَبَبَ الرُّجوعِ الفَسْخُ ، ولم يُوجَدْ ، وههُنا اسْتَقَرَّ الصداقُ بالمَوْتِ ، فلا يَرْجِعُ به .

١١٨٢ – مسألة ؛ قال : (ولَا سُكْنَى لَهَا ، ولَا نَفَقَةَ ؛ لِأَنَّ السُّكْنَى والنَّفَقَةَ إنَّمَا تَجِبُ لِمَرْأَةٍ لِزَوْجِهَا[1] عَلَيْهَا الرَّجْعةُ)

وإنَّما كان كذلك ؛ لأنَّها تَبِينُ بالفَسْخِ ، كما تَبِينُ بطَلَاقِ ثَلَاثٍ ، ولا يَسْتَحِقُّ زَوْجُها عليها رَجْعةً ، فلم تَجِبْ لها سُكْنَى ولا نَفَقةٌ ؛ لقولِ رسولِ الله ﷺ لفاطمةَ بنتِ قَيْسٍ : « إنَّمَا السُّكْنَى والنَّفَقَةُ لِلْمَرْأَةِ إذَا كَانَ لِزَوْجِهَا عَلَيْهَا الرَّجْعَةُ » . رواه النَّسائِيُّ[2] . وهذا إذا كانت حائِلًا ، فإن كانت حامِلًا ، فلها النَّفَقةُ ؛ لأنَّها بائنٌ من نكاحٍ صحيحٍ فى حالِ حَمْلِها ، فكانت لها النفقةُ كالمُطَلَّقةِ ثلاثًا والمُخْتَلعةِ . وفى السُّكْنَى رِوَايتان . وقال القاضى : لا نَفَقَةَ لها إن كانت حامِلًا ، فى أحدِ الوَجْهَيْنِ ؛ (٣لأنَّها بائِنٌ من نِكاحٍ فاسدٍ . وكذلك قال[4] أصحابُ الشافعىِّ ، فى أحدِ الوَجْهينِ٣) ، وفى الآخرِ : لها النفقةُ ؛ لأنَّ النفقةَ للحَمْلِ ، والحَمْلُ لَاحِقٌ به ، وبَنَوْه على أنَّ النكاحَ فاسدٌ ، وقد بَيَّنَّا صِحَّتَه فيما مَضَى .

فصل : وليس لوَلِيِّ الصغيرةِ والصغيرِ وسَيِّدِ الأمَةِ تَزْوِيجُهُم مِمَّن[5] به أحدُ هذه العُيوبِ ؛ لأنَّه ناظِرٌ لهم بما فيه الحَظُّ ، ولا حَظَّ لهم فى هذا العقدِ . فإن زَوَّجَهُم مع العِلْمِ بالعَيْبِ ، لم يَصِحَّ النكاحُ ؛ لأنَّه عَقَدَ لهم عقدًا لا يجوزُ عَقْدُه ، فلم يَصِحَّ ، كما لو باع

---

(١) فى م : « زوجها له » .
(٢) فى : باب الرخصة فى ذلك ، من كتاب الطلاق . المجتبى ٦ / ١١٧ .
كما أخرجه الإمام أحمد ، فى : المسند ٦ / ٣٧٣ ، ٤١٧ .
(٣–٣) سقط من : الأصل ، نقل نظر .
(٤) فى ا : « كل » .
(٥) فى ا ، م : « لمن » .

عَقارَه لغيرِ غِبْطَةٍ ولا حاجةٍ . وإن لم يَعْلَمْ بالعَيْبِ ، صَحَّ ، كما لو اشْتَرَى لهم مَعِيبًا لا يَعْلَمُ عَيْبَه ، ويَجِبُ عليه الفَسْخُ إذا عَلِمَ ؛ لأنَّ عليه النَّظَرَ لهم بما فيه الحظُّ ، والحظُّ فى الفَسْخِ . ويَحْتَمِلُ أن لا يَصِحَّ النكاحُ ؛ لأنَّه زَوَّجَهُم ممَّن لا يَمْلِكُ تَزْوِيجَهُم إيَّاه ، فلم يَصِحَّ ، كما لو زَوَّجَهُم مِمَّن[6] يَحْرُمُ عليهم .

فصل : وليس له تَزْوِيجُ كَبِيرَةٍ بمَعِيبٍ بغيرِ رِضَاها . بغير خلافٍ نَعْلَمُه ؛ لأنَّها تَمْلِكُ الفَسْخَ إذا / عَلِمَتْ به بعدَ العَقْدِ ، فالامْتِناعُ أَوْلَى . وإن أرادتْ أن تتزَوَّجَ مَعِيبًا ، فله مَنْعُها ، فى أحدِ الوَجْهينِ . قال أحمدُ : ما يُعْجِبُنِى أن يُزَوِّجَها بعِنِّينٍ ، وإن رَضِيَتِ الساعةَ تكْرَهُه[7] إذا دَخَلَتْ عليه ؛ لأنَّ من شأْنِهِنّ النِّكاحُ ، ويُعْجِبُهُنَّ من ذلك ما يُعْجِبُنا . وذلك لأنَّ الضَّرَرَ فى هذا دائمٌ ، والرِّضَى غيرُ مَوْثوقٍ بدَوَامِه ، ولا يتَمَكَّنُ من التَّخَلُّصِ إذا كانت عالِمةً فى ابْتِداءِ العَقْدِ ، وربَّما أفْضَى إلى الشِّقَاقِ والعَداوةِ ، فيَتَضَرَّرُ وَلِيُّها وأَهْلُها ، فمَلَكَ الوَلِىُّ مَنْعَها ، كما لو أرادتْ نِكاحَ مَنْ ليس بكُفْءٍ . والثانى ، ليس له مَنْعُها ؛ لأنَّ الحَقَّ لها . وقال القاضى : له مَنْعُها من نِكاحِ المجنونِ ، وليس له منعُها من نكاحِ المَجْبُوبِ والعِنِّينِ ؛ لأنَّ ضَرَرَهُما عليها خاصَّةً . وفى الأبْرَصِ والمَجْذُومِ وَجْهانِ ؛ أحدهما ، لا يَمْلِكُ مَنْعَها ؛ لأنَّ الحَقَّ لها ، والضَّرَرَ عليها ، فأشْبَها المَجْبُوبَ والعِنِّينَ . والثانى ، له مَنْعُها ؛ لأنَّ عليه ضَرَرًا منه[8] ، فإنَّه[9] يُعَيَّرُ[10] به ، ويخْشَى تَعَدِّيه إلى الوَلَدِ ، فأشْبَهَ التَّزْويجَ بمَن[11] لا يُكَافِئُها . وهذا مذهبُ الشافعىِّ . والأَوْلَى أنَّ له مَنْعَها فى جميعِ الصُّوَرِ ؛ لأنَّ عليها فيه ضَرَرًا دائمًا ، وعارًا عليها وعلى أهْلِها ، فمَلَكَ

(6) فى ا ، ب ، م : « بمن » .
(7) فى الأصل ، م : « تكره » .
(8) سقط من : الأصل ، م .
(9) فى الأصل ، ب : « لأنه » .
(10) فى ا ، ب ، م : « يتغير » .
(11) فى م : « لمن » .

مَنْعَها منه ، كالتَّزويجِ بغيرِ كُفْءٍ . فأمَّا إن[12] اتَّفقَا على ذلك ، ورَضِيَا به ، جازَ ، وصَحَّ النكاحُ ؛ لأنَّ الحَقَّ لهما ، ولا يَخْرُجُ عنهما . ويُكْرَهُ لهما ذلك ؛ لما ذَكَره الإمامُ أبو عبدِ الله ، من أنَّها وإن[13] رَضِيَتِ الآن ، تكرهُه[14] فيما بعدُ . ويَحْتَمِلُ أن يَمْلِكَ سائرُ الأَوْلياءِ الاعْتِراضَ[15] عليها ومَنْعَها[15] من هذا التَّزويجِ ؛ لأنَّ العارَ يلْحَقُهم[16] ، ويَنالُهم الضَّررُ ، فأشْبَهَ ما لو زَوَّجَها بغيرِ كُفْءٍ . فأمَّا إن حَدَثَ العَيْبُ بالزَّوْجِ ، ورَضِيَتْه المرأةُ ، لم يَمْلِكْ وَلِيُّها إجْبارَها على الفَسْخِ ؛ لأنَّ حَقَّه في ابْتِداءِ العَقْدِ لا في دَوامِه ، ولهذا لو دَعَتْ وَلِيَّها إلى تَزْوِيجِها بعَبْدٍ لم يَلْزَمْه إجابَتُها ، ولو عَتَقَتْ تحتَ عَبْدٍ ، لم يَمْلِكْ إجْبارَها على الفَسْخِ .

١١٨٣ – مسألة ؛ قال : (وإذا عَتَقَتِ الأَمَةُ ، وزَوْجُها عَبْدٌ ، فَلَهَا الْخِيارُ في فَسْخِ النِّكَاحِ)

أَجْمَعَ أهلُ العلمِ على هذا ، ذَكَره ابنُ المُنْذِرِ ، وابنُ عبدِ البَرِّ ، وغيرُهما . والأَصْلُ فيه خَبَرُ بَرِيرةَ ، قالت عائشةُ : كاتَبَتْ بَرِيرَةُ ، فخَيَّرَها رسولُ الله ﷺ في زَوْجِها ، وكان عَبْدًا ، فاخْتارَتْ نَفْسَها . قال عُرْوَةُ : ولو كان حُرًّا ما خَيَّرَهَا رسولُ الله ﷺ . رواه مالكٌ ،[1] في « المُوطَّأِ »[1] ، وأبو داودَ ، والنَّسائِيُّ[2] . ولأنَّ عليها ضَرَرًا في كَوْنِها حُرَّةً تحت

---

(١٢) في م : « إذا » .

(١٣) في ا ، ب : « إن » .

(١٤) في الأصل ، م : « تكره » .

(١٥ – ١٥) في ا ، ب ، م : « عليهما ومنعهما » .

(١٦) في ا ، ب ، م : « يلحق بهم » .

(١ – ١) سقط من : م .

(٢) تقدم تخريج حديث بريرة ، عند تخريج قوله ﷺ : « الولاء لمن أعتق » ، وتخريجه في هذه المسألة حسب الاستدلال به ، من حيث كانت تحت حر أو عبد .

وما ورد هنا أخرجه مالك ، في : باب ما جاء في الخيار ، من كتاب الطلاق . الموطأ ٢ / ٥٦٢ . وأبو داود ، في : باب في المملوكة تعتق ... ، من كتاب الطلاق . سنن أبي داود ١ / ٥١٧ . والنسائي ، في : باب خيار الأمة تعتق وزوجها مملوك ، من كتاب الطلاق . المجتبى ٦ / ١٣٥ .

كما أخرجه البخاري ، في : باب بيع الولاء وهبته ، من كتاب العتق ، وفي : باب لا يكون بيع الأمة طلاقا ، من كتاب الطلاق ، وفي : باب الأدم ، من كتاب الأطعمة ، وفي : باب ميراث السائبة ، وباب إذا أسلم على يديه ، من كتاب =

عَبْدٍ[٣] ، فكان لها الخِيارُ كما لو[٤] تزوَّج حُـرَّةً على أنَّه حُرٌّ ، فبانَ عَبْدًا ، فإن اختارَتِ الفَسْخَ فلهـا / فِرَاقُـه ، وإن رَضِيَتِ المُقامَ معه لم يَكُنْ لهـا فِراقُه بعدَ ذلك ؛ لأنَّها أسْقَطَتْ حَقَّها . وهذا ممَّا لا خِلافَ فيه ، بحَمْدِ الله تعالى .

٩٥/٧و

فصل : وإن عَتَقَتْ تحت حُرٍّ ، فلا خِيارَ لها . وهذا قولُ ابنِ عمرَ ، وابنِ عباسٍ ، وسعيدِ بن المُسَيَّبِ ، والحسنِ ، وعَطاءٍ ، وسليمانَ بن يسارٍ ، وأبى قِلَابَةَ ، وابنِ أبى لَيْلَى ، ومالكٍ ، والأوْزاعىِّ ، والشافعىِّ ، وإسحاقَ . وقال طاوُس ، وابنُ سِيرِينَ ، ومُجاهدٌ ، والنَّخَعِىُّ ، وحمَّادُ بن أبى سُلَيمانَ ، والثَّوْرِىُّ ، وأصحـابُ الـرَّأْىِ : لها الخِيارُ ؛ لما رَوَى الأسْوَدُ ، عن عائشةَ ، أنَّ النبىَّ ﷺ خَيَّرَ بَرِيرَةَ ، وكان زَوْجُها حُرًّا . رَوَاه النَّسائىُّ[٥] . ولأنها كَمَلَتْ[٦] بالحُرِّيَّةِ ، فكـان لها الخِيـارُ ، كما لو كان زَوْجُهـا عَبْدًا . ولَنا ، أنَّها كافَأَتْ زَوْجَها فى الكَمالِ ، فلم يَثْبُتْ لها الخِيارُ[٧] ، كما لو أسْلَمَتِ

= الفرائض . صحيح البخارى ٣ / ١٩٢ ، ٧ / ٦١ ، ١٠٠ ، ٨ / ١٩٢ ، ١٩٣ . ومسلم ، فى : باب إنما الولاء لمن أعتق ، من كتاب العتق . صحيح مسلم ٢ / ١١٤٣ ، ١١٤٤ . والترمذى ، فى : باب ما جاء فى المرأة تعتق ولها زوج ، من أبواب الرضاع . عارضة الأحوذى ٥ / ١٠١ . وابن ماجه ، فى : باب خيار الأمة إذا أعتقت ، من كتاب الطلاق . سنن ابن ماجه ١ / ٦٧١ . والدارمى ، فى : باب فى تخيير الأمة تكون تحت العبد فتعتق ، وباب ما جاء فى الخيار ، من كتاب الطلاق . سنن الدارمى ٢ / ١٦٩ ، ٢٦٥ . والإمام أحمد ، فى : المسند ١ / ١٨٠ .

(٣) فى الأصل ، م : « العبد » .

(٤) سقط من : م .

(٥) فى : باب إذا تحولت الصدقة ، من كتاب الزكاة ، وفى : باب خيار الأمة تعتق وزوجها حر ، من كتاب الطلاق ، وفى : باب البيع يكون فيه الشرط الفاسد ... ، من كتاب البيوع . المجتبى ٥ / ٨١ ، ٦ / ١٣٣ ، ٧ / ٢٦٤ .

كما أخرجه مسلم ، فى : باب الولاء لمن أعتق ، من كتاب العتق . صحيح مسلم ٢ / ١١٤٤ . وأبو داود ، فى : باب من قال : كان حرًّا ، من كتاب الطلاق . سنن أبى داود ١ / ٥١٨ . والترمذى ، فى : باب ما جاء فى المرأة تعتق ولها زوج ، من أبواب الرضاع . عارضة الأحوذى ٥ / ١٠١ . وابن ماجه ، فى : باب خيار الأمة إذا أعتقت ، من كتاب الطلاق . سنن ابن ماجه ١ / ٦٧٠ . والدارمى ، فى : باب فى تخيير الأمة تكون تحت العبد فتعتق ، من كتاب الطلاق . سنن الدارمى ٢ / ١١٦٩ . والإمام أحمد ، فى : المسند ٦ / ٤٢ ، ١٧٠ .

(٦) فى الأصل : « كاملة » .

(٧) فى الأصل : « خيار » .

الكِتَابِيَّةُ تحتَ مُسْلِمٍ . فأمَّا خبرُ الأسْوَدِ عن عائشةَ ، فقد رَوَى عنها القاسِمُ بن محمدٍ وعُرْوةَ ، أنَّ زَوْجَ بَرِيرَةَ كان عَبْدًا[8] . وهما أخصُّ بها من الأسْوَدِ ؛ لأنَّهما ابنُ أخِيها وابنُ أُخْتِها . وقد رَوَى الأعْمَشُ ، عن إبراهيمَ ، عن الأسْوَدِ ، عن عائشةَ ، أنَّ زَوْجَ بَرِيرَةَ كان عبدًا . فتَعارَضَتْ رِوَايتاه . وقال ابنُ عباسٍ : كان زَوْجُ بَرِيرَةَ عبدًا أسْوَدَ لِبَنِى المُغِيرَةِ، يقال له: مُغِيثٌ. رواه البُخاريُّ، وغيرُه[9] . وقالت صَفِيَّةُ بنتُ أبى عُبَيْدٍ: كان زوجُ بريرةَ عبدًا أسْوَدَ[10] . قال أحمدُ : هذا ابنُ عباسٍ وعائشةُ قالا فى زَوْجِ بَرِيرَةَ : إنَّه عَبْدٌ . رِوَايةُ علماءِ المَدِينةِ وعَمَلُهم ، وإذا رَوَى أهْلُ المدينةِ حَدِيثًا وعَمِلُوا به ، فهو أصَحُّ شىءٍ ، وإنَّما يَصِحُّ أنَّه حُرٌّ عن الأسْوَدِ وَحْدَه ، فأمَّا غيرُه فليس بذاك . قال : والعَقْدُ صحيحٌ ، فلا يُفْسَخُ بالمُخْتَلَفِ فيه ، والحُرُّ فيه اخْتِلافٌ ، والعَبْدُ لا اخْتِلافَ فيه ، ويُخالِفُ الحُرُّ العَبْدَ ؛ لأنَّ العَبْدَ ناقِصٌ ، فإذا كَمَلَتْ تحتَه تَضَرَّرَتْ ببَقَائِها عندَه ، بخِلافِ الحُرِّ .

فصل : وفُرْقَةُ الخِيارِ فَسْخٌ ، لا يَنْقُصُ بها عَدَدُ الطَّلاقِ . نَصَّ عليه أحمدُ . ولا أعلمُ فيه خلافًا . قيلَ لأحمدَ : لِمَ لا يكونُ طَلاقًا ؟ قال : لأنَّ الطَّلاقَ ما تكلَّمَ به الرجلُ . ولأنَّها فُرْقَةٌ لِاخْتِيارِ المرأةِ ، فكانت فَسْخًا ، كالفَسْخِ [11]لِعُنَّتِه أو عَتَهِهِ[11] .

---

(8) أخرجه أبو داود ، فى : باب فى المملوكة تعتق ، وهى تحت حر أو عبد ، من كتاب الطلاق . سنن أبى داود ١ / ٥١٧ .

(9) أخرجه البخارى ، فى : باب خيار الأمة تحت العبد ، وباب شفاعة النبى ﷺ فى زوج بريرة ، من كتاب الطلاق . صحيح البخارى ٧ / ٦١ ، ٦٢ .

كما أخرجه أبو داود ، فى : باب فى المملوكة تعتق ، من كتاب الطلاق . سنن أبى داود ١ / ٥١٧ . والنسائى ، فى : باب شفاعة الحاكم للخصوم ... ، من كتاب القضاة . المجتبى ٨ / ٢١٥ . وابن ماجه ، فى : باب خيار الأمة إذا أعتقت ، من كتاب الطلاق . سنن ابن ماجه ١ / ٦٧١ .

(١٠) سقط من : ا ، ب ، م . والخبر أخرجه الدارقطنى ، فى : باب المهر ، من كتاب النكاح . سنن الدارقطنى ٣ / ٢٩٣ . والبيهقى ، فى : باب الأمة تعتق وزوجها عبد ، من كتاب النكاح . السنن الكبرى ٧ / ٢٢٢ .

(١١ - ١١) فى م : « لعنة أو عته » .

١١٨٤ – مسألة ؛ قال : (فَإِنْ أُعْتِقَ قَبلَ أنْ تَخْتارَ ، أوْ وَطِئَهَا ، بَطَلَ خِيَارُهَا ، عَلِمَتْ أنَّ الْخِيَارَ لَهَا أوْ لَمْ تَعْلَمْ)

وجملةُ ذلك أنَّ خِيَارَ المُعْتَقَةِ على التَّراخِى ، ما لم يُوجَدْ أحَدُ هٰذينِ الأمْرَيْنِ ؛ عِتْقِ زَوْجِها ، أوْ وَطْئِه لها ، ولا يُمْنَعُ الزَّوْجُ من وَطْئِها . /وممَّن قال إنَّه على التَّراخِى ؛ مالكٌ ، والأوْزَاعىُّ . ورُوِىَ ذلك عن عبدِ الله بن عمرَ ، وأُخْتِه حَفْصةَ . وبه قال سليمانُ بن يسارٍ ، ونافعٌ ، والزُّهْرِىُّ ، وقَتادةُ . وحكاه بعضُ أهلِ العلمِ عن الفُقَهاءِ السَّبْعةِ . وقال أبو حنيفةَ ، وسائرُ العِرَاقِيِّينَ : لها الخِيارُ فى مَجْلِسِ العِلْمِ . وللشافعىِّ ثلاثةُ أقوالٍ ؛ أظْهَرُها كقَوْلِنا . والثانى ، أنَّه على الفَوْرِ ، كخِيارِ الشُّفْعةِ . والثالث ، أنَّه[1] إلى ثلاثةِ أيامٍ . ولَنا ، ما رَوَى الإمامُ أحمدُ ، فى « المُسْنَدِ »[2] ، بإسْنادِه عن الحسنِ بن عمرِو بن أُمَيَّةَ ، قال : سَمِعْتُ رِجالًا يتحَدَّثُونَ عن النَّبِىِّ ﷺ ، أنَّه قال : « إذَا عَتَقَتِ الْأَمَةُ ، فَهِىَ بالْخِيَارِ ، مَا لَمْ يَطَأْهَا ، إنْ شَاءَتْ فَارَقَتْهُ ، وإنْ وَطِئَها فَلَا خِيَارَ لَهَا » . رَوَاه الأثْرَمُ أيضا . ورَوَى أبو داوُدَ[3] ، أنَّ بَرِيرَةَ عَتَقَتْ وهى عندَ مُغِيثٍ ، عبدٍ لآلِ أبى أحمدَ ، فخَيَّرَها النَّبِىُّ ﷺ ، فقال لها : « إنْ قَرِبَكِ فَلَا خِيَارَ لَكِ » . ولأنَّه قولُ مَنْ سَمَّيْنا من الصحابةِ ، ولا مُخالِفَ لهم فى عَصْرِهم . قال ابنُ عبدِ البَرِّ : لا أعْلَمُ لِابْنِ عمرَ وحَفْصةَ مُخالِفًا من الصحابةِ . ولأنَّ الحاجةَ داعِيةٌ إلى ذلك ، فثَبَتَ ، كخِيارِ القِصَاصِ ، أو خِيارٍ لدَفْعِ ضَرَرٍ مُتَحَقِّقٍ ، فأشْبَهَ ما قُلْناه . إذا ثَبَتَ هذا ، فمتى عَتَقَ قبلَ أن تَخْتارَ ، سَقَطَ خِيارُها ؛ لأنَّ الخِيَارَ لِدَفْعِ الضَّرَرِ بالرِّقِّ ، وقد زال بعِتْقِه ، فسَقَطَ ، كالمَبِيعِ إذا

٧/٩٥ظ

(١) سقط من : الأصل .

(٢) المسند ٤ / ٦٥ .

(٣) فى : باب متى يكون لها الخيار ، من كتاب الطلاق . سنن أبى داود ١ / ٥١٨ .

كما أخرجه الدارقطنى ، فى : باب المهر ، من كتاب النكاح . سنن الدارقطنى ٣ / ٢٩٤ . وانظر ما سبق ، فى : ٦ / ١٨ ، ٩ / ٣٨٢ .

زال عَيْبُه . وهذا أحدُ قَوْلَي الشافعيِّ . وإن وَطِئَها بَطَلَ خِيارُها ، عَلِمَتْ بالخِيارِ أو لم تَعْلَمْ . (٤ نَصَّ عليه أحمدُ . وهو قولُ مَنْ سَمَّيْنا فى صَدْرِ المسألةِ . وذكَر القاضى وأصحابُه : أنَّ لها الخِيارَ وإن أُصِيبَتْ ، ما لم تَعْلَمْ ٤) ، فإن أصابَها بعدَ عِلْمِها ، فلا خِيارَ لها . وهذا قولُ عطاءٍ ، والحَكَمِ ، وحَمَّادٍ ، والثَّوْرِىِّ ، والأَوْزاعىِّ ، والشافعىِّ ، وإسْحاقَ ؛ لأنَّها إذا أمْكَنَتْ من وَطْئِها قبلَ عِلْمِها ، فلم يُوجَدْ منها ما يَدُلُّ على الرِّضَى ، فهو كما لو لم تُصَبْ. ولَنا، ما تقدَّم من الحديث. وروَى مالكٌ[٥]، عن ابن شِهَابٍ، عن عُرْوَةَ، أن مَوْلاةً لبَنِي عَدِىٍّ، يُقال لها: زَبْراءُ، أَخْبَرَتْه أنَّها كانت تحتَ عبدٍ، فعَتَقَتْ، قالت : فأَرْسَلَتْ إلىَّ حَفْصةُ ، فدَعَتْنِى ، فقالت : إنَّ أَمْرَكِ بيَدِكِ ما لم يَمَسَّكِ زَوْجُكِ ، فإن مَسَّكِ ، فليس لك من الأمرِ شىءٌ . فقلتُ : هو الطَّلاقُ ، ثم الطَّلاقُ [ثم الطَّلاقُ][٦] . ففارَقْتُه ثَلاثًا . وقال مالكٌ[٧]، عن نافعٍ، عن ابن عمرَ: إنَّ لها الخِيارَ ما لم يَمَسَّها. ولأنَّه خِيارُ عَيْبٍ، فيَسْقُطُ[٨] بالتَّصرُّفِ فيه مع الجَهالةِ، كخِيَارِ الرَّدِّ بالعَيْبِ . ولا تَفْرِيعَ على هذا القولِ ، فأمَّا على القولِ[٩] الآخرِ ، فإذا وَطِئَها ، وادَّعَتِ الجَهالةَ بالعِتْقِ ، وهى ممَّن يجوزُ خَفاءُ ذلك عليها ، مثل أن يَعْتِقَها سَيِّدُها فى بَلَدٍ آخرَ ، فالقولُ قولُها مع يَمِينِها ؛ لأنَّ الأَصْلَ عَدَمُ ذلك . وإن كانت ممَّن لا يَخْفَى ذلك عليها ، لكَوْنِهما[١٠] فى بلدٍ واحدٍ ، وقد اشْتَهَرَ ذلك ، لم يُقْبَلْ قولُها ؛ لأنَّه خِلافُ الظاهرِ . وإن عَلِمَتِ العِتْقَ ، وادَّعَتِ الجهالةَ بثُبُوتِ الخِيارِ ، فالقولُ قولُها ؛ لأنَّ ذلك

(٤ - ٤) سقط من : ب . نقل نظر .

(٥) فى : باب ما جاء فى الخيار ، من كتاب الطلاق . الموطأ ٢ / ٥٦٣ .

(٦) تكملة من الموطأ .

(٧) فى الباب نفسه . الموطأ ٢ / ٥٦٢ .

(٨) فى ب : « فيسقطه » .

(٩) سقط من : الأصل .

(١٠) فى النسخ : « لكونها » .

لا يَعْلَمُه إلَّا خَوَاصُّ الناسِ ، فالظَّاهِرُ[11] صِدْقُها فيه . وللشافعيِّ فى قَبُولِ قَوْلِها فى ذلك قَوْلان .

فصل : فإن عَتَقَ العَبْدُ والأَمَةُ دَفْعَةً واحدةً ، فلا خِيارَ لها ، والنكاحُ بحالِه ، سواءٌ أعْتَقَهُما[12] رَجُلٌ واحدٌ أو رَجُلانِ . نَصَّ عليه أحمدُ . وعنه : لها الخِيارُ . والأَوَّلُ أَوْلَى ؛ لأنَّ الحُرِّيَّةَ الطارِئةَ بعدَ عِتْقِها تَمْنَعُ الفَسْخَ ، فالمُقارِنةُ أَوْلَى ، كإسْلامِ الزَّوْجَيْنِ . وعن أحمدَ : إن[13] عَتَقَا معا انْفَسخَ النكاحُ . ومَعْناه - واللهُ أعلم - أنَّه إذا وَهَبَ لعَبْدِه[14] سُرِّيَّةً ، وأَذِنَ له فى التَّسَرِّى بها ، ثم أعْتَقَهُما جميعا ، صارا حُرَّيْنِ ، وخَرَجَتْ عن مِلْكِ العَبْدِ ، فلم يَكُنْ له إصابَتُها إلَّا بِنِكاحٍ جَدِيدٍ . هكذا رَوَى جماعةٌ من أصحابه ، فى مَن وَهَبَ لعَبْدِه سُرِّيَّةً ، أو اشْتَرَى له سُرِّيَّةً ، ثم أعْتَقَهُما[15] ، لا يَقْرَبُها إلَّا بنكاحٍ جديدٍ . واحتجَّ أحمدُ على ذلك ، بما رَوَى نافعٌ ، عن ابن عمرَ ، أنَّ عبدًا له كان له سُرِّيَّتانِ ، فأعْتَقَهُما وأعْتَقَه[16] ، فنهاه أن يَقْرَبَهُما إلَّا بنكاحٍ جديدٍ[17] . ولأنَّها بإعْتاقِها خَرَجَتْ عن أن تكونَ مملوكةً ، فلم يُبَحْ له[18] التَّسَرِّى بها ، كالحُرَّةِ الأَصْلِيَّةِ . وأمَّا إذا كانت امرأتَه ، فعَتَقَا ، لم يَنْفَسِخْ نِكاحُه بذلك ؛ لأنَّه إذا لم يَنْفَسِخْ بإعْتاقِها وحْدَها . فلأَنْ لا يَنْفَسِخَ بإعْتاقِهِما معا أَوْلَى . ويَحْتَمِلُ أنَّ أحمدَ إنَّما أراد بقولِه : انْفَسَخَ نِكاحُهما[19] . أنَّ لها فَسْخَ[20] النكاحِ . وهذا تخريجٌ على الرِّوايةِ التى تقولُ بأنَّ لها

---

(11) فى الأصل ، ب : « والظاهر » .

(12) فى م : « أعتقها » .

(13) فى م : « إذا » .

(14) فى م : « العبد » .

(15) فى الأصل ، ا ، م : « أعتقها » .

(16) سقط من : الأصل ، م .

(17) أخرجه عبد الرزاق ، فى : باب استسرار العبد ، من كتاب الطلاق . المصنف ٧ / ٢١٥ .

(18) سقط من : الأصل .

(19) فى : الأصل ، م : « نكاحها » . وتقدم فى قول أحمد : « النكاح » .

(20) فى الأصل : « أن تفسخ » .

الفَسْخَ إذا كان زَوْجُها حُرًّا [٢١] قبلَ العِتْقِ [٢١]

فصل : ويُسْتَحَبُّ لمَنْ له عَبْدٌ وأَمَةٌ متزوِّجان ، فأراد عِتْقَهما ، البدايةُ بالرَّجُلِ ؛ لئلَّا يَثْبُتَ للمرأةِ خِيارٌ عليه فيُفْسَخَ [٢٢] نِكاحُه . وقد روَى أبو داودَ [٢٣] ، والأثْرَمُ ، بإسْنادِهما عن عائشةَ ، أنَّه كان لها غُلامٌ وجاريةٌ ، فتزَوَّجا ، فقالت للنَّبيِّ ﷺ : إنِّي أُريدُ أن أعْتِقَهُما . فقال لها : « فَابْدئِي بالرَّجُلِ قَبْلَ الْمَرْأَةِ » . وعن صَفِيَّةَ بنت أبي عُبَيْدٍ ، أنَّها فعَلَتْ ذلك ، وقالت للرجلِ : إنِّي [٢٤] بَدَأْتُ بعَتْقِكَ لئلَّا يكونَ لها عليكَ خِيارٌ [٢٥] .

فصل : إذا عَتَقَتْ المَجْنُونةُ والصغيرةُ ، فلا خِيارَ لهما في الحالِ ؛ لأنَّه لا عَقْلَ لهما ، ولا قولٌ مُعْتَبَرٌ ، ولا يَمْلِكُ وَلِيُّهما الاختيارَ عنهما ؛ لأنَّ هذا / طريقُه الشَّهْوةُ ، فلا يَدْخُلُ تحت الوِلايةِ كالاقْتِصاصِ . فإذا بَلَغَتِ الصغيرةُ ، وعَقَلَتِ المجنونةُ ، فلهما الخِيارُ حينئذٍ ؛ لكونِهما صارَتا على صِفَةٍ لكلٍّ منهما حُكْمٌ ، وهذا الحكمُ فيما لو كان بزَوْجَيْهما عَيْبٌ يُوجِبُ الفَسْخَ ، فإن كان زَوْجاهُما قد وَطِئاهُما ، فظاهرُ كلامِ الْخِرَقِيِّ أنَّه لا خِيارَ لهما ، لأنَّ مُدَّةَ الخِيارِ انقَضَتْ . وعلى قولِ القاضي وأصحابِه : لهما الخِيارُ ؛ لأنَّه لا رَأْيَ لهما ، فلا يكونُ تَمْكِينُهما من الوَطْءِ دَلِيلًا على الرِّضَى ، بخلافِ الكبيرةِ العاقلةِ ، ولا يُمْنَعُ زَوْجاهُما من وَطْئِهما .

٩٦/٧ ظ

١١٨٥ – مسألة ؛ قال : (فَإِنْ كَانَتْ لِنَفْسَيْنِ ، فَأَعْتَقَ أَحَدُهُمَا ، فَلَا [١] خِيَارَ لَهَا ، إِذَا كَانَ الْمُعْتِقُ مُعْسِرًا)

(٢١ – ٢١) سقط من : ا ، ب ، م .
(٢٢) في ب : « فينفسخ » .
(٢٣) أخرجه أبو داود ، في : باب في المملوكين يعتقان معا هل تخير امرأته ، من كتاب الطلاق . سنن أبي داود ١ / ٥١٨ .
(٢٤) سقط من : ا ، ب .
(٢٥) أخرجه عبد الرزاق ، في : باب الأمة تعتق عند الحر ، من كتاب الطلاق . المصنف ٧ / ٢٥٥ . وابن أبي شيبة ، في : باب في الأمة تعتق ولها زوج حر ، من كتاب النكاح . المصنف ٤ / ٢١٠ ، ٢١١ .
(١) في م : « بلا » .

إنما شُرِطَ الإعْسارُ فى المُعْتِقِ ؛ لأنَّ المُوسرَ يَسْرِى عِتْقُه إلى جَمِيعِها ، فتَصِيرُ حُرَّةً ، ويَثْبُتُ لها الخِيارُ ، والمُعْسِرُ لا يَسْرِى عِتْقُه ، بل يَعْتِقُ منها ما أعْتَقَ ، وباقِيها رَقِيقٌ ، فلا تَكْمُلُ حُرِّيَّتُها ، فلا يَثْبُتُ لها الخِيارُ حينئذٍ . وهذا قولُ الشافعىِّ . وعن أحمدَ ، أنَّ لها الخِيارَ . حكاها أبو بكرٍ ، واختارَها ؛ لأنَّها أكْمَلُ منه ، فإنَّها تَرِثُ ، وتُورَثُ ، وتَحْجُبُ بقَدْرِ ما فيها من الحُرِّيَّةِ . ووجهُ قولِ الْخِرَقِىِّ ، أنَّه لا نَصَّ فى المُعْتَقِ بَعْضُها ، ولا هى فى معنى الحُرَّةِ الكاملةِ ؛ لأنَّها كاملةُ الأحْكامِ ، وأيضا ما عَلَّلَ به أحمدُ ، وهو أنَّ العَقْدَ صَحِيحٌ ، فلا يُفْسَخُ بالمُخْتَلَفِ فيه ، وهذه مُخْتَلَفٌ فيها .

فصل : ولو زَوَّجَ أمَةً قِيمَتُها عَشرةٌ بصَداقِ عِشْرِينَ ، ثم أعْتَقَها فى مَرَضِه بعدَ الدخولِ بها ، ثم مات ، ولا يَمْلِكُ غيرَها (2) وغيرَ مَهْرِها (2) بعدَ اسْتِيفائِه ، عَتَقَتْ ؛ لأنَّها تَخْرُجُ من الثُّلُثِ ، ولها الخِيارُ . وإن لم تكُنْ قَبَضَتْه ، عَتَقَ ثُلُثُها فى الحالِ . وفى الخيارِ لها وَجْهان ، فكلَّما اقْتُضِىَ من مَهْرِها شىءٌ عَتَقَ منها بقَدْرِ ثُلُثِه ، فإذا اسْتُوفِىَ كلُّه عَتَقَتْ كلُّها ، ولها الخِيارُ حينئذٍ عندَ مَنْ لم يُثْبِتْ لها الخِيارَ قبلَ ذلك . فإن كان زَوْجُها قد وَطِئَها قبلَ اسْتِيفاءِ مَهْرِها ، فقد بَطَلَ خِيارُها عندَ مَنْ جَعَلَ لها الخِيارَ حينئذٍ ؛ لأنَّها أسْقَطَتْه بتَمْكِينِه من وَطْئِها . وعلى قولِ الْخِرَقِىِّ ، لا يَبْطُلُ ؛ لأنَّها مَكَّنَتْ منه قبلَ ثُبُوتِ الخِيارِ لها ، فأشْبَهَ مالو مَكَّنَتْ منه قبلَ عِتْقِها . فأمَّا إن عَتَقَتْ قبلَ الدُّخولِ بها ، فلا خِيارَ لها ، على قولِ الْخِرَقِىِّ ؛ لأنَّ فَسْخَها النكاحَ (3) يَسْقُطُ به صَدَاقُها ، فيَعْجِزُ الثلُثُ عن كَمالِ قِيمَتِها ، فيَرِقُّ ثُلُثاها ، ويَسْقُطُ خِيارُها ، فيُفْضِى إثْباتُ الخِيارِ لها إلى إسْقاطِه ، فيَسْقُطُ . وهذا مذهبُ الشافعىِّ . وعندَ أبى بكرٍ ، لها الخِيارُ . فعلى قولِ مَنْ أوْجَبَ لسيِّدِها نِصْفَ المَهْرِ ، فإذا اسْتُوفِىَ عَتَقَ ثُلُثاها ، وعلى قولِ مَنْ أسْقَطَه ، يَعْتِقُ ثُلُثُها .

(2 - 2) فى الأصل : « ومهر غيرها » .

(3) فى الأصل : « للنكاح » .

٩٧/٧و **١١٨٦ – مسألة ؛ قال : (فَإِنِ اخْتَارَتِ الْمُقَامَ مَعَهُ قَبْلَ / الدُّخُولِ ، أَوْ بَعْدَهُ ، فَالْمَهْرُ لِلسَّيِّدِ ، وَإِنِ اخْتَارَتْ فِرَاقَهُ قَبْلَ الدُّخُولِ ، فَلَا مَهْرَ لَهَا ، وَإِنِ اخْتَارَتْهُ بَعْدَ الدُّخُولِ ، فَالْمَهْرُ لِلسَّيِّدِ)**

وجملتُه أنَّ المُعْتَقَةَ إن اختارتِ المُقامَ مع زَوْجِها[1] قبلَ الدُّخولِ أو بعدَه أو اخْتارتِ الفَسْخَ بعدَ الدُّخولِ ، فالمَهْرُ واجبٌ ؛ لأنَّه واجبٌ بالعقدِ ، فإذا اخْتارتِ المُقامَ ، فلم يُوجَدْ له مُسْقِطٌ ، وإن فَسَخَتْ بعدَ الدُّخولِ ، فقد اسْتَقَرَّ بالدُّخولِ ، فلم يَسْقُطْ بشيءٍ ، وهو للسَّيِّدِ فى الحالَيْنِ ؛ لأنَّه وَجَبَ بالعَقْدِ فى مِلْكِه ، والواجِبُ المُسَمَّى فى الحالَيْنِ ، سواءٌ كان الدُّخولُ قبلَ العِتْقِ أو بعدَه . وقال أصحابُ الشافعىِّ : إن كان الدُّخولُ قبلَ العِتْقِ[2] ، فالواجبُ المُسَمَّى ، وإن كان بعدَه ، فالواجبُ مَهْرُ المِثْلِ ؛ لأنَّ الفَسْخَ اسْتَنَدَ إلى حالةِ العِتْقِ ، فصار الوَطْءُ فى نِكاحٍ فاسِدٍ . ولَنا ، أنَّه عقدٌ صحيحٌ ، فيه مُسَمًّى صحيحٌ ، اتَّصَلَ به الدُّخولُ قبلَ الفسْخِ ، فأوْجَبَ المُسَمَّى ، كما لو لم يُفْسَخْ ، ولأنَّه لو وَجَبَ بالوَطْءِ بعدَ الفَسْخِ ، لَكان المَهْرُ لها ؛ لأنَّها حُرَّةٌ حينئذٍ . وقولُهم : إنَّ الوَطْءَ فى نكاحٍ فاسِدٍ . غيرُ صحيحٍ ؛ فإنَّه كان صحيحًا ، ولم يُوجَدْ ما يُفْسِدُه ، ويَثْبُتُ فيه أحكامُ الوَطْءِ فى النِّكاحِ الصحيحِ ، من الإِحْلالِ للزَّوْجِ الأَوَّلِ ، والإِحْصانِ ، وكونِه حَلالًا[3] . وأمَّا إن اخْتارتِ الفَسْخَ قبلَ الدُّخولِ ، فلا مَهْرَ لها . نَصَّ عليه أحمدُ . وهو مذهبُ الشافعىِّ . وعن أحمدَ ، روايةٌ أُخْرَى ، للسَّيِّدِ نِصْفُ المَهْرِ ؛ لأنَّه وَجَبَ للسَّيِّدِ ، فلا يَسْقُطُ بِفِعْلِ غيرِه . ولَنا ، أنَّ الفُرْقَةَ جاءت من قِبَلِها ، فسَقَطَ[4] مَهْرُها ، كما لو أسْلَمَتْ ، أو ارْتَدَّتْ ، أو أرْضَعَتْ مَنْ يَفْسَخُ نِكاحَها رَضاعُه . وقولُه : وَجَبَ للسَّيِّدِ . قُلْنا : لكن بواسِطَتِها ، ولهذا سَقَطَ نِصْفُه بفَسْخِها ، وجَمِيعُه بإسْلامِها ورِدَّتِها .

---

(١) فى م : « الزوج » .

(٢) فى ٢ ، م زيادة : « أو بعده » .

(٣) فى الأصل : « حلا » .

(٤) فى ب : « فيسقط » .

فصل : ولو كانت مُفَوِّضَةً ، ففُرِضَ لها مَهْرُ المِثْلِ ، فهو للسَّيِّدِ أيضا ؛ لأنَّه وَجَبَ بالعَقْدِ فى مِلْكِه لا بالفَرْضِ . وكذلك لو مات أحَدُهما ، وَجَبَ ، والموتُ لا يُوجِبُ ، فدَلَّ على أنَّه وَجَبَ بالعَقْدِ . وإن كان الفَسْخُ قبلَ الدُّخولِ والفَرْضِ ، فلا شىءَ ، إلَّا على الرِّوايةِ الأُخْرَى ، يَنْبَغِى أن تَجِبَ المُتْعةُ ؛ لأنَّها تجبُ بالفُرْقةِ قبلَ الدُّخولِ فى مَوْضِعٍ لو كان مُسَمًّى وَجَبَ نِصْفُه .

فصل : فإن طَلَّقَها طَلاقًا بائِنًا[٥] ، ثم أُعْتِقَتْ ، فلا خِيارَ لها ؛ لأنَّ الفَسْخَ إنَّما يكونُ فى نِكاحٍ ، ولا نِكاحَ هـٰهُنا . وإن كان رَجْعِيًّا ، فلها الخِيارُ فى العِدَّةِ ؛ لأنَّ نِكاحَها باقٍ ، فيُمْكِنُ فَسْخُه ، ولها فى الفَسْخِ فائدةٌ ؛ لأنَّها[٦] لا تَأْمَنُ رَجْعَتَه [٧]لها فى آخِرِ عِدَّتِها ، فتحْتاجُ / إلى اسْتِئنافِ عِدَّةٍ أُخْرَى إذا فَسَخَتْ ، فإذا فَسَخَتِ انْقَطَعَتِ الرَّجْعةُ ، وثَبَتَتْ على ما مَضَى مِن عِدَّةِ الطَّلاقِ ، ولا تَحْتاجُ إلى اسْتِئْنافِ عِدَّةٍ ؛ لأنَّها مُعْتَدَّةٌ من الطَّلاقِ[٧] إذا لم يَفْسَخْ . فإن قيل : فيَفْسَخُ حينئذٍ ؟ قلنا : إذًا تحتاجُ إلى عِدَّةٍ أُخْرَى . وإذا فَسَخَتْ فى عِدَّتِها ، ثَبَتَتْ على ما مَضَى من عِدَّتِها ، ولم تَحْتَجْ إلى عِدَّةٍ أُخْرَى ؛ لأنَّها مُعْتَدَّةٌ من الطَّلاقِ ، والفَسْخُ لا يُنافِيها ولا يَقْطَعُها ، فهو كما لو طَلَّقَها طلقةً أُخْرَى ، ويَنْبَنِى على عِدَّةِ حُرَّةٍ ؛ لأنَّها عَتَقَتْ فى أثْناءِ العِدَّةِ وهى رَجْعِيَّةٌ . فإن اختارتِ المُقامَ ، بَطَلَ خِيارُها . وقال الشافعىُّ : لا يَبْطُلُ ؛ لأنَّها اخْتارتِ المُقامَ مع جَرَيانِها إلى البَيْنُونةِ ، وذلك يُنافِى اخْتِيارَ المُقامِ . ولَنا ، أنَّها حالةٌ يَصِحُّ فيها اخْتِيارُ الفَسْخِ ، فصَحَّ اخْتِيارُ المُقامِ ، كصُلْبِ النِّكاحِ . وإن لم تَخْتَرْ شيئًا ، لم يَسْقُطْ خِيارُها ؛ لأنَّه على التَّراخِى ، ولأنَّ سُكُوتَها لا يَدُلُّ على رِضاها ؛ لِاحْتِمالِ[٨] أنَّه كان لجَرَيانِها إلى البَيْنُونةِ[٩] ، اكْتِفاءً منها

٩٧/٧ ظ

---

(٥) فى الأصل : « بتاتا » .

(٦) فى ا ، ب ، م : « فإنها » .

(٧ – ٧) سقط من : ا ، ب ، م .

(٨) فى الأصل : « لاحتماله » .

(٩) فى ا ، ب ، م : « بينونة » .

بذلك . فإن ارْتَجعها ، فلها الفَسْخُ حينئذٍ ، فإن فَسَخَتْ ، ثم عاد فتزوَّجها ، بَقِيَتْ معه بطَلْقةٍ واحدةٍ ؛ لأنَّ طلاقَ العَبْدِ اثْنَتانِ . وإن تَزوَّجها بعدَ أن أُعْتِقَ ، رَجَعَتْ معه[10] على طَلْقَتَيْنِ ؛ لأنَّه صار حُرًّا ، فمَلَكَ ثلاثَ طَلقاتٍ ، كسائرِ الأحْرارِ .

فصل : فإن طَلَّقها بعدَ عِتْقِها ، وقبلَ اخْتِيارِها[11] ، أو طَلَّقَ الصغيرةَ والمجنونةَ بعد العِتْقِ ، وَقعَ طَلاقُه ، وبَطَلَ خِيارُها ؛ لأنَّه طَلاقٌ من زَوْجٍ جائزِ التَّصرُّفِ ، فى نكاحٍ صحيحٍ ، فنَفَذَ[12] كما لو لم يَعْتِقْ . وقال القاضى : طَلَاقُه موقوفٌ ، فإن اخْتارتِ الفَسْخَ لم يَقعِ الطلاقُ[13] ؛ لأنَّ طَلاقَه يتضَمَّنُ إبْطالَ حَقِّها من الخِيارِ ، وإن لم تَخْتَرْ وَقَعَ . وللشافعىِّ قَوْلان ، كهٰذَيْنِ الوَجْهين . وبَنَوا عَدَمَ الوُقُوعِ على أنَّ الفَسْخَ اسْتَنَدَ إلى حالةِ العِتْقِ ، فيكونُ الطلاقُ واقِعًا فى نكاحٍ مَفْسُوخٍ . ولَنا ، أنَّه طلاقٌ من زَوْجٍ مُكَلَّفٍ مُخْتارٍ ، فى نكاحٍ صحيحٍ ، فوَقَعَ ، كما لو طَلَّقها قبلَ عِتْقِها ، أو كما لو لم تَخْتَرْ ، وقد ذَكَرْنا أنَّ الفَسْخَ يُوجِبُ الفُرْقةَ [14]من حينه[14] ، ولا يجوزُ تقديمُ الفُرْقةِ عليه ، [15]إذِ الحكمُ[15] لا يتَقَدَّمُ سَبَبُه ، ولأنَّ العِدَّةَ تُبْتَدَأُ[16] من حينِ الفَسْخِ ، لا من حينِ العِتْقِ ، وما سَبَقَه من الوَطْءِ وَطْءٌ فى نكاحٍ صحيحٍ ، يُثْبِتُ الإِحْصانَ والإِحْلالَ للزَّوْجِ الأوَّلِ ، ولو كان الفَسْخُ سابقًا عليه لَانْعَكَسَتِ الحالُ . وقولُ القاضى : إنه يُبْطِلُ حَقَّها من الفَسْخِ . غيرُ صَحِيحٍ ؛ فإنَّ الطلاقَ يَحْصُلُ به مَقْصُودُ الفَسْخِ ، مع[17] زِيادةِ وُجُوبِ نِصْفِ المَهْرِ ، وتَقْصِيرِ العِدَّةِ عليها ، فإنَّ / ابْتِداءَها من حينِ طَلاقِه ، لا من حينِ ٩٨/٧و

---

(١٠) سقط من : الأصل .
(١١) فى ا ، ب : « الاختيار » .
(١٢) فى ب : « فينفذ » .
(١٣) سقط من : الأصل ، ا ، ب .
(١٤–١٤) فى م : « حينئذ » .
(١٥–١٥) فى م : « والحكم » .
(١٦) فى ا : « تبدأ » .
(١٧) فى م : « من » .

فَسْخِه ، ثم لو كان مُبْطِلًا لحقِّها ، لم يَقَعْ وإن لم تَخْتَرِ الفَسْخَ ، كما لم يَصِحَّ تَصَرُّفُ المُشْتَرِى فى المَبِيعِ فى مُدَّةِ الخِيارِ ، سواءٌ فَسَخَ البائعُ أو لم يَفْسَخْ . وهذا فيما إذا كان الطلاقُ بائِنًا ، فإن كان رَجْعِيًّا ، لم يَسْقُطْ خِيارُها ، على ما ذكَرْنا فى الفصلِ الذى[18] قبلَ هذا ، فعلى قَوْلِهم : إذا طَلَّقَها[19] قبلَ الدُّخولِ ، ثم اخْتارتِ الفَسْخَ ، سَقَطَ مَهْرُها ؛ لأنَّها بانَتْ بالفَسْخِ ، وإن لم يَفْسَخْ ، فلها نِصْفُ الصَّداقِ ؛ لأنَّها بانَتْ بالطَّلاقِ . [20]وهكذا لو ارْتَدَّتْ أو أسْلَمتِ الكافرةُ[20] .

فصل : وللمُعْتَقَةِ الفَسْخُ من غيرِ حُكْمِ حاكِمٍ ؛ لأنَّه مُجْمَعٌ عليه ، غيرُ مُجْتَهَدٍ فيه ، فلم يَفْتَقِرْ إلى حاكِمٍ ، كالرَّدِّ بالعَيْبِ فى المَبِيعِ ، بخلافِ [21]خِيارِ العَيْبِ[21] فى النكاحِ ، فإنَّه مُجْتَهَدٌ فيه ، فافْتَقَرَ إلى حُكْمِ الحاكِمِ ، كالفَسْخِ للإِعْسارِ .

فصل : وإذا اخْتارتِ المُعْتَقةُ الفِراقَ ، كان فَسْخًا [22]ليس بطَلاقٍ[22] . وبهذا قال أبو حنيفةَ ، والثَّوْرِىُّ ، والحسنُ ابن حَىٍّ ، والشافعىُّ . وذَهَبَ مالكٌ ، والأَوْزَاعىُّ ، واللَّيْثُ ، إلى أنَّه طَلَاقٌ بائِنٌ . قال مالكٌ : إلَّا أن تُطَلِّقَ نَفْسَها ثلاثًا ، فتَطْلُقَ ثلاثًا . واحْتَجَّ له بِقِصَّةِ زَبْراءَ حين طَلَّقَتْ نَفْسَها ثلاثًا[23] ، فلم يَبْلُغْنا أنَّ أحدًا من الصَّحابةِ أنْكَرَ ذلك ، ولأنَّها تَملِكُ الفِراقَ ، فمَلكتِ الطَّلاقَ كالرَّجُلِ . ولَنا ، قولُه ﷺ : « الطَّلَاقُ لِمَنْ أَخَذَ بالسَّاقِ »[24] . ولأنَّها فُرْقةٌ من قِبَلِ الزَّوْجةِ ، فكانت فَسْخًا ، كما لو اخْتَلَفَ دِينُهُما ، أو أَرْضَعَتْ مَنْ يُفْسَخُ نِكاحُها بِرَضاعِه ، وفِعْلُ زَبْراءَ ليس بحُجَّةٍ ، ولم يَثْبُت انْتِشارُه فى الصَّحابةِ . فعلى هذا ، لو قالتْ : اخْتَرْتُ نَفْسِى ، أو فَسَخْتُ

---

(١٨) سقط من : ب .

(١٩) فى الأصل : « طلقت » .

(٢٠ - ٢٠) سقط من : ا ، ب ، م .

(٢١ - ٢١) فى م : « الفسخ » .

(٢٢ - ٢٢) فى ا : « بلا طلاق » .

(٢٣) تقدم تخريجها فى صفحة ٧٢ .

(٢٤) تقدم تخريجه فى : ٩ / ٤٢١ .

النكاحَ . انْفَسَخَ . ولو قالتْ : طَلَّقْتُ نَفْسِى . ونَوَتِ المُفارقةَ ، كان كِنايةً عن الفَسْخِ ؛ لأنَّه يُؤَدِّى[٢٥] مَعْناه ، فصارَ[٢٦] كِنايةً عنه ، كالكِنَايةِ بالفَسْخِ عن الطَّلاقِ .

فصل : وإن عَتَقَ زَوْجُ الأَمَةِ ، لم يَثْبُتْ له خِيارٌ ؛ لأنَّ عَدَمَ الكَمالِ فى الزَّوْجةِ لا يُؤَثِّرُ فى النِّكاحِ ، ولذلك[٢٧] لا تُعْتَبَرُ الكفاءةُ إلَّا فى الرَّجُلِ دُونَ المرأةِ . ولو تَزَوَّجَ امرأةً مُطْلَقًا ، فبانَتْ أمَةً ، لم يَثْبُتْ له خِيارٌ . ولو تزوَّجَتِ المرأةُ رَجُلًا مُطْلَقًا ، فبان عَبْدًا كان لها الخِيارُ ، وكذلك فى الاسْتِدامةِ ، لكن إن عَتَقَ[٢٨] ووَجَدَ الطَّوْلَ لِحُرّةٍ ، فهل يَبْطُلُ نِكاحُه ؟ على وَجْهينِ ، تقدَّم ذكرُهما .

فصل : وإذا عَتَقَتِ الأَمَةُ ، فقالت لِزَوْجِها : زِدْنِى[٢٩] فى مَهْرِى . ففَعَلَ ، فالزِّيادةُ لها دون سَيِّدِها ، سواءٌ كان زَوْجُها حُرًّا أو عبدًا ، وسواءٌ عَتَقَ / معها ، أو لم يَعْتِقْ . نَصَّ عليه أحمدُ ، فيمِ إذا زَوَّجَ عَبْدَه من أَمَتِه ثم عَتَقَا[٣٠] جميعا ، فقالتِ الأَمَةُ : زِدْنِى فى مَهْرِى . فالزيادةُ للأَمَةِ لا للسَّيِّدِ . فقيل : أَرَأَيْتَ إن كان الزوجُ لغيرِ السَّيِّدِ ، لمن تَكونُ الزِّيادةُ ؟ قال : للأَمَةِ . وعلى قياسِ هذا ، لو زَوَّجَها سَيِّدُها ، ثم باعَها ، فزادَها زَوْجُها فى مَهْرِها ، فالزيادةُ للثانى . وقال القاضى : الزِّيادةُ للسَّيِّدِ المُعْتِقِ فى المَوْضِعَيْنِ ، على قياسِ المَذْهَبِ ؛ لأنَّ مِن أصلِنا أنَّ الزِّيادةَ فى الصَّدَاقِ تَلْحَقُ بالعَقْدِ الأَوَّلِ ، فتكونُ كالمذكورةِ فيه . والذى قُلْناه أصَحُّ ؛ لأنَّ المِلْكَ فى الزِّيادةِ إنما ثَبَتَ[٣١] حالَ وُجُودِها ، بعدَ زَوَالِ مِلْكِ سَيِّدِها عنها ، فيكونُ لها ، ككَسْبِها والمَوْهُوبِ لها . وقولُنا : إن الزِّيادَةَ تَلْحَقُ بالعَقْدِ . معناه أنَّها تَلْزَمُ ويَثْبُتُ المِلْكُ فيها ، ويَصِيرُ الجَمِيعُ صَدَاقًا ، وليس معناه

٩٨/٧ ظ

---

(٢٥) فى م زيادة : « إلى » .
(٢٦) فى ب : « فيصلح » . وفى م : « فصح » .
(٢٧) فى ا ، ب ، م : « وكذلك » .
(٢٨) فى ا ، م : « أعتق » .
(٢٩) فى الأصل : « زد » .
(٣٠) فى ا ، ب ، م : « أعتقا » .
(٣١) فى الأصل : « يثبت » .

أنَّا تَبيَّنَّا أنَّ المِلْكَ كان ثابتًا فيها ، وكان لِسيِّدِها ، فإنَّ هذا مُحالٌ ، ولأنَّ سَبَبَ مِلْكِ هذه الزيادةِ وُجِدَ بعدَ العِتْقِ ، فلا يجوزُ أن يَتَقَدَّمَ المِلْكُ عليه ؛ لأنَّـه يُؤَدِّى إلى تقَـدُّمِ[32] الحُكْمِ قبل سَبَبِه ، ولو كان المِلْكُ ثابتًا للمُعْتِقِ فيه حين التَّزوِيج لَلَزِمَتْهُ زَكاتُه ، وكان له نَماؤُه . وهذا أظْهَرُ من أن نُطِيلَ فيه .

---

(32) فى ب : « تقديم » .

باب أجَلِ العِنِّينِ والخصيِّ غيرِ المَجْبُوبِ

العِنِّينُ: هو العاجزُ عن الإيلاجِ. وهو مَأْخُوذٌ من عَنَّ. أى: اعْتَرَضَ؛ لأَنَّ ذَكَرَهُ يَعِنُّ إذا أَرادَ إيلاجَه ، أى يَعْتَرِضُ ، والعَنَنُ الاعْتِراضُ . وقيل : لأنَّه يَعِنُّ لِقُبُلِ المَرْأَةِ[1] عن يَمينِه وشِمالِه ، فلا يَقْصِدُه . فإذا كان الرجلُ كذلك فهو عَيْبٌ به ، ويُسْتَحَقُّ به فَسْخُ النِّكاحِ ، بعدَ أن تُضْرَبَ له مُدَّةٌ يُخْتَبَرُ فيها ، ويُعْلَمُ حالُه بها . وهذا قولُ عمرَ ، وعثمانَ ، وابنِ مسعودٍ ، والمُغِيرَةَ بن شُعْبَةَ ، رَضِيَ اللهُ عنهم . وبه قال سعيدُ بن المُسَيَّبِ ، وعطاءٌ ، وعَمْرُو بن دِينارٍ ، والنَّخَعِيُّ ، وقتادةُ ، وحَمَّادُ بن أبي سُلَيمانَ . وعليه فَتْوى فُقَهاءِ الأَمْصارِ ، منهم ؛ مالكٌ ، وأبو حنيفةَ وأصحابُه ، والثَّوْرِيُّ ، والأَوْزَاعِيُّ ، والشافعيُّ ، وإسْحاقُ ، وأبو عُبَيْدٍ . وشَذَّ الحَكَمُ بن عُتَيْبَةَ ، وداودُ ، فقالا : لا يُؤَجَّلُ ، وهى امْرَأَتُه . ورُوِىَ ذلك عن عليٍّ ، رَضِيَ اللهُ عنه ؛ لأَنَّ امْرأَةً أَتَتِ النبيَّ ﷺ ، فقالت : يا رسولَ اللهِ ، إنَّ رِفاعةَ طَلَّقَنِى ، فبَتَّ طَلَاقِى ، فتزَوَّجْتُ بعبدِ الرحمنِ بن الزُّبَيْرِ ، وإنَّما له مثلُ هُدْبَةِ الثَّوْبِ ، فقال : « تُرِيدِينَ أَنْ تَرْجِعِى إلى رِفَاعَةَ ؟ لَا حَتَّى تَذُوقِى عُسَيْلَتَهُ ، وَيَذُوقَ عُسَيْلَتَكِ »[2] . ولم يَضْرِبْ له مُدَّةً . ولَنا ، ما رُوِىَ أنَّ عمرَ ، رَضِيَ اللهُ عنه ، أَجَّلَ العِنِّينَ سَنَةً . ورَوَى ذلك الدَّارَقُطْنِيُّ[3] ، بإسْنادِه عن عمرَ ، وابنِ مسعودٍ ، والمُغِيرةَ بن شُعْبَةَ . ولا مُخالِفَ لهم . ورَواه أبو حَفْصٍ عن عليٍّ . ولأنَّه عَيْبٌ يَمْنَعُ الوَطْءَ ، فأَثْبَتَ الخِيارَ ، كالجَبِّ فى الرَّجُلِ ، والرَّتَقِ فى المرأةِ ، فأمَّا الخَبَرُ ، فلا

---

(1) فى الأصل زيادة : « من » .

(2) تقدم تخريجه فى صفحة ٥٣ .

(3) أخرجه الدارقطنى ، فى : باب المهر ، من كتاب النكاح . سنن الدارقطنى ٣ / ٣٠٦ ، ٣٠٧ . وابن أبى شيبة ، فى : باب كم يؤجل العنين ، من كتاب النكاح . المصنف ٤ / ٢٠٦ ، ٢٠٧ .

حُجّةَ لهم فيه ؛ فإنَّ المُدّةَ إنما تُضرَبُ له مع اعْترافِه ، وطَلَبِ المرأةِ ذلك ، ولم يُوجَدْ واحدٌ منهما . وقد رُوِىَ أنَّ الرجلَ أنْكرَ ذلك ، وقال : إنِّى لأَعْرُكُها عَرْكَ الأدِيمِ . وقال ابنُ عبدِ البَرِّ : وقد صَحَّ أنَّ ذلك كان بعدَ طَلَاقِه ، فلا معنى لِضَرْبِ المُدَّةِ . وصَحَّحَ ذلك قولُ النَّبِىِّ ﷺ : « تُرِيدِينَ / أن تَرْجِعِى إلى رِفَاعَةَ » . ولو كان قبلَ طَلَاقِه لَما كان ذلك إليها . وقيل : إنها ذَكَرَتْ ضَعْفَه ، وشَبَّهَتْه بهُدْبةِ الثَّوْبِ مُبالغةً ، ولذلك قال النبىُّ ﷺ : « حَتَّى تَذُوقِى عُسَيْلَتَهُ » والعاجزُ عن الوَطْءِ لا يَحْصُلُ منه ذلك . ٩٩/٧و

١١٨٧ – مسألة ؛ قال : (وَإِذَا ادَّعَتِ الْمَرْأَةُ أَنَّ زَوْجَهَا عِنِّينٌ لَا يَصِلُ إِلَيْهَا ، أُجِّلَ سَنَةً مُنْذُ تَرَافُعِهِ ، فَإِنْ لَمْ يُصِبْها فِيهَا ، خُيِّرَتْ فِى الْمُقَامِ مَعَهُ أَوْ فِرَاقِهِ ، فَإِنِ اخْتَارَتْ فِرَاقَهُ ، كَانَ ذٰلِكَ فَسْخًا بِلَا طَلَاقٍ)

وجملةُ ذلك أنَّ المرأةَ إذا ادَّعَتْ عَجزَ زَوْجِها عن وَطْئِها لِعُنَّةٍ ، سُئِلَ عن ذلك ، فإن أنْكَرَ والمرأةُ عَذْراءُ ، فالقولُ قولُها ، وإن كانت ثَيِّبًا ، فالقولُ قولُه مع يَمِينِه . فى ظاهرِ المَذْهبِ ؛ لأنَّ هذا أمْرٌ[1] لا يُعْلَمُ إلَّا من جِهَتِه ، والأصْلُ السَّلامةُ . وقال القاضى : هل يُسْتَحْلَفُ أو لا ؟ على وَجْهَيْنِ ، بناءً على دَعْوَى الطَّلاقِ . فإن أقَرَّ بالعَجْزِ ، أو ثَبَتَ ببَيِّنةٍ على إقْرارِه به ، أو أنْكَرَ وطَلَبَتْ يَمِينَه فنَكَلَ ، ثَبَتَ عَجْزُه ، ويُؤَجَّلُ سَنَةً . فى قولِ عامَّةِ أهلِ العلمِ . وعن الحارثِ بن رَبيعةَ[2] ، أنَّه أجَّلَ رَجُلًا عشرةَ أشْهُرٍ . ولَنا ، قولُ مَنْ سَمَّيْنا من الصَّحابةِ ، ولأنَّ هذا العَجْزَ قد يكونُ لِعُنَّةٍ ، وقد يكون لِمَرَضٍ ، فضُرِبَتْ له سَنَةً لِتَمُرَّ به الفُصُولُ الأرْبعةُ ، فإن كان من يُبْسٍ زال فى فَصْلِ الرُّطُوبةِ ، وإن كان من رُطُوبةٍ زال فى فَصْلِ الحَرارةِ ، وإن كان من انْحِرافِ مِزاجٍ زال فى فَصْلِ الاعْتِدالِ . فإذا مَضَتِ الفصولُ الأربعةُ ، واخْتَلَفَتْ عليه الأهْوِيةُ فلم تَزُلْ ، عُلِمَ أنَّه خِلْقةٌ . وحُكِىَ / عن ٩٩/٧ظ

---

(١) سقط من : الأصل .

(٢) لعله الحارث بن أبى ربيعة بن عبد الله بن أبى ربيعة المخزومى ، عامل ابن الزبير على البصرة ، ويلقب القباع . حدث عن عمر وعائشة وأم سلمة ومعاوية . انظر : أسد الغابة ١ / ٣٩١ ، ٣٩٢ ، سير أعلام النبلاء ٤ / ١٨١ .

أبى عُبَيْدٍ ، أنَّه قال : أهْلُ الطِّبِّ يقولون : الداءُ لا يَسْتَجِنُّ[٣] فى البَدَنِ أكثرَ من سَنَةٍ ، ثم يَظْهَرُ . وابتداءُ السَّنةِ منذُ تَرَافُعِه . قال ابنُ عبدِ البَرِّ : على هذا جماعةُ القائلينَ بتأْجيلِه . قال مَعْمَرٌ ، فى حديثِ عمرَ : «يُؤَجَّلُ سنةً»[٤] : من يومِ مُرَافَعَتِه ، فإذا انقضتِ المُدَّةُ فلم يَطَأْ ، فلها الخِيارُ ، فإن اخْتارتِ الفَسْخَ ، لم يَجُزْ إلَّا بحُكْمِ الحاكمِ[٥] ؛ لأنَّه مُخْتَلَفٌ فيه ، فإمَّا أن يَفْسَخَ ، [٦] وإمَّا أن يَرُدَّه [٦] إليها فتَفْسَخَ هى . فى قولِ عامَّةِ القائلينَ به . ولا يَفْسَخُ حتى تختارَ الفَسْخَ وتَطْلُبَه ؛ لأنَّه لحَقِّها ، فلا تُجْبَرُ على اسْتِيفائِه ، كالفَسْخِ للإعْسارِ[٧] ، فإذا فَسَخَ[٨] فهو فَسْخٌ وليس بطَلاقٍ . وهذا قولُ الشافعيِّ . وقال أبو حنيفةَ ، ومالكٌ ، والثَّوْرِيُّ : يُفَرِّقُ الحاكمُ بينهما ، وتكونُ تَطْلِيقةً ؛ لأنَّها فُرْقَةٌ لعَدَمِ الوَطْءِ ، فكانت طَلاقًا ، كفُرْقَةِ المُولِى . ولَنا ، أنَّ هذا خِيارٌ ثَبَتَ لأجْلِ العَيْبِ ، فكان فَسْخًا ، كفَسْخِ المُشْتَرِى لأجْلِ العَيْبِ .

فصل : فإن اتَّفَقَا بعدَ الفُرْقةِ[٩] على الرَّجْعةِ ، لم يَجُزْ إلَّا بنِكاحٍ جديدٍ ؛ لأنَّها قد بانَتْ[١٠] ، وانْفَسَخَ النكاحُ . فإذا تَزَوَّجَها كانت عنده على طَلاقٍ ثَلاثٍ . نَصَّ عليه أحمدُ . وذَكَرَ أبو بكرٍ فيها قولًا ثانيًا ، أنَّهما لا يَجْتَمِعان أبدًا ؛ لأنَّها فُرْقةٌ تتَعَلَّقُ بحُكْمِ الحاكمِ ، فَحَرَّمَتِ النِّكاحَ[١١] ، كفُرْقةِ اللِّعانِ . والمَذْهَبُ أنَّها تَحِلُّ له ؛ لأنَّها فُرْقةٌ لأجْلِ العَيْبِ ، فلم تَمْنَعِ النكاحَ ، كفُرْقةِ المُعْتَقَةِ ، والفُرْقةِ فى[١٢] سائرِ العُيُوبِ .

---

(٣) فى ب : « يستحق » . وفى م : « يستمر » .
(٤) تقدم تخريجه فى صفحة ٨٢ .
(٥) فى الأصل : « حاكم » .
(٦ - ٦) فى الأصل : « أو يرده » .
(٧) فى م : « بالإعسار » .
(٨) فى الأصل : « انفسخ » .
(٩) فى ب : « الفسخ » .
(١٠) فى ا ، م : « بانت عنه » .
(١١) فى م : « للنكاح » .
(١٢) فى م : « من » .

وأمَّا فُرْقةُ اللِّعانِ فإنَّها حَصَلَتْ[13] بلعانِهِما قبلَ تَفْرِيقِ الحَاكِمِ، وهـٰهُنا بخِلافِه، [14] ولأنَّ اللِّعانَ يُحَرِّمُ المُقامَ على النِّكاحِ، فمَنَعَ ابْتِداءَه، ويُوجِبُ الفُرْقَةَ، فمنَع الاجْتماعَ، وهـٰهُنا بخِلافِه[14]. ولو رَضِيَتِ المرأةُ بالمُقامِ، أو لم[15] تَطْلُبِ الفَسْخَ، لم يَجُزِ الفَسْخُ، فكيف يَصِحُّ القِياسُ مع هذه الفُرُوقِ!

فصل: ومَنْ عُلِمَ أنَّ عَجْزَه عن الوَطْءِ لعارِضٍ؛ من صِغَرٍ، أو مَرَضٍ مَرْجُوِّ الزَّوالِ، لم تُضْرَبْ له مُدَّةٌ[16]؛ لأنَّ ذلك عارِضٌ يَزُولُ، والعُنَّةُ خِلْقَةٌ وجِبِلَّةٌ لا تَزُولُ. وإن كان لكِبَرٍ، أو مَرَضٍ لا يُرْجَى زَوالُه، ضُرِبَتْ له المدةُ؛ لأنَّه في مَعْنَى من خُلِقَ كذلك. وإن كان لجَبٍّ، أو شَلَلٍ، ثَبَتَ الخيارُ في الحالِ؛ لأنَّ الوَطْءَ مَيْؤُوسٌ منه فلا مَعْنَى لِانْتِظارِه. وإن كان قد بَقِيَ من الذَّكَرِ ما يُمْكِنُ الوَطْءُ به، فالأَوْلَى ضَرْبُ المُدَّةِ له؛ لأنَّه في معنى العِنِّينِ خِلْقةً. وإن اخْتُلِفَ في القَدْرِ الباقِي هل يُمْكِنُ الوَطْءُ بمِثْلِه[17] أو لا؟ رُجِعَ إلى أهْلِ الخِبْرةِ في مَعْرِفةِ ذلك.

فصل: فأمَّا الخَصِيُّ، فإنَّ الْخِرَقِيَّ ذَكَرَه في تَرْجمةِ البابِ، ولم يُفْرِدْه[18] بحُكْمٍ، فظاهِرُ كلامِه أنَّه ألْحَقَه بغيرِه، في أنَّه متى لم يَصِلْ إليها أُجِّلَ، / وإن وَصَلَ إليها، فلا خِيارَ لها؛ لأنَّ الوَطْءَ مُمْكِنٌ، والاسْتِمْتاعَ حاصِلٌ بوَطْئِه. وقد قِيلَ: إن وَطْأَه أكْثَرُ من وَطْءِ غيرِه؛ لأنَّه لا يُنْزِلُ فيَفْتُرُ بالإِنْزالِ. وقد ذَكَرْنا اختلافَ أصحابِنا في ذلك فيما مَضَى. ولا فَرْقَ بين مَنْ قُطِعَتْ خُصْيَتاه والموجوءِ، وهو الذى رُضَّتْ خُصْيَتاه، والمَسْلُولِ الذى سُلَّتْ خُصْيَتاه، فإنَّ الحُكْمَ في الجَمِيعِ واحدٌ؛ فإنَّه لا يُنْزِلُ، ولا يُولَدُ له.

١٠٠/٧ و

---

(١٣) فى الأصل: «جعلت».

(١٤-١٤) سقط من: ب. نقل نظر.

(١٥) فى الأصل: «ولم».

(١٦) فى م: «المدة».

(١٧) فى ا، ب: «به».

(١٨) فى الأصل: «يفرقه».

١١٨٨ – مسألة ؛ قال : (**وَإِنْ قَالَ : قَدْ عَلِمَتْ أَنِّى عِنِّينٌ قَبْلَ أَنْ أَنْكِحَهَا . فَإِنْ أَقَرَّتْ ، أو ثَبتَ بِبَيِّنةٍ ، فَلَا يُؤَجَّلُ ، وَهِىَ امْرَأَتُهُ**)

وجملةُ ذلك أنَّ المرأةَ إذا عَلِمَتْ عُنَّةَ الرَّجُلِ وَقْتَ العَقْدِ ، مثل أن يُعْلِمَها بعُنَّتِه ، أو تُضْرَبَ له المُدَّةُ وهى امْرَأتُه ، فيَنْفَسِخَ[١] النِّكاحُ ، ثم يتزَوَّجُها ونحو ذلك ، لم تُضْرَبْ له المُدَّةُ[٢] ، وهى امْرَأتُه . فى قولِ أكثر أهلِ العلمِ ، منهم ؛ عطاءٌ ، والثَّوْرِىُّ ، وابنُ القاسمِ ، وأصْحابُ الرَّأْىِ . وهو قولُ الشافعىِّ[٣] القديمُ . وقال فى الجَدِيدِ : يُؤَجَّلُ ؛ لأنَّه قد يكونُ عِنِّينًا فى نِكاحٍ دُونَ نِكاحٍ . ولَنا ، أنَّها رَضِيَتْ بالعَيْبِ ، ودَخَلَتْ فى العَقْدِ عالمةً به ، فلم يَثْبُتْ لها خِيارٌ ، كما لو عَلِمَتْه مَجْبُوبًا ، ولأنَّها لو رَضِيَتْ به بعدَ العَقْدِ أو [٤]بعدَ المُدَّةِ[٤] ، لم يكُنْ لها الفَسْخُ[٥] ، فكذلك إذا رَضِيَتْ به فى العَقْدِ ، كسائرِ العُيُوبِ ، ولو أنَّها رَضِيَتْ بالمُقامِ معه ، ثم طَلَّقها ، ثم ارْتَجَعَها ، لم يَثْبُتْ لها[٦] المطالبةُ ، كذا هٰهُنا . وقولُهم : إنَّها تكونُ فى نِكاحٍ دون نكاحٍ . احْتِمالٌ بعيدٌ ؛ فإنَّ العُنَّةَ جِبِلَّةٌ وخِلْقةٌ لا تتغَيَّرُ ظاهِرًا ، ولذلك ثَبَتَ لها الفَسْخُ بعدَ المُدَّةِ . فإن ادَّعَى عليها العِلْمَ بعُنَّتِه ، فأنْكَرَتْه ، فالقولُ قولُها مع يَمِينِها ؛ لأنَّ الأَصْلَ عَدَمُ العِلْمِ ، وإن أقَرَّتْ ، أو ثَبَتَتْ ببَيِّنةٍ ، ثَبَتَ نِكاحُها ، وبَطَلَ خِيارُها .

١١٨٩ – مسألة ؛ قال : (**وَإِنْ عَلِمَتْ أَنَّهُ عِنِّينٌ بَعْدَ الدُّخُولِ ، فَسَكَتَتْ عَنِ الْمُطالَبِةِ ، ثُمَّ طَالَبَتْ بَعْدُ ، فَلَهَا ذٰلِكَ ، ويُؤَجَّلُ سَنَةً مِنْ يَوْمِ تُرَافِعُهُ**)

لا نعلمُ فى هذا اخْتِلافًا[١] . وذلك لأنَّ سُكُوتَها بعدَ العَقْدِ ليس بدَليلٍ على الرِّضَى ؛

---

(١) فى ب : « فيفسخ » .
(٢) فى ب : « مدة » .
(٣) فى ا زيادة : « فى » .
(٤ – ٤) فى الأصل : « بعده فى المدة » .
(٥) فى ا ، ب ، م : « فسخ » .
(٦) سقط من : الأصل .
(١) فى الأصل : « خلافا » .

لأنَّه زَمَنٌ لا تَمْلِكُ فيه الفَسْخَ ، ولا الامْتِناعَ من اسْتِمْتاعِه ، فلم يكُنْ سُكوتُها مُسْقِطًا لِحَقِّها ، كسُكُوتِها بعدَ ضَرْبِ المُدَّةِ وقبلَ انْقِضائِها . ولو سَكَتَتْ بعدَ المُدَّةِ ، لم يَبْطُلْ خِيارُها أيضا ؛ لأنَّ الخِيارَ لا يثبتُ إلَّا بعدَ رَفْعِه إلى الحاكِمِ ، وثُبُوتِ عَجْزِه ، فلا يَضُرُّ السُّكُوتُ قبلَه .

١١٩٠ - مسألة ؛ قال : (**وَإنْ قَالَتْ فِي وَقْتٍ مِنَ الْأَوْقَاتِ : قَدْ رَضِيتُ بِهِ عِنِّينًا . لَمْ يَكُنْ لَهَا الْمُطَالَبَةُ بَعْدُ**)

/ وجملةُ الأمْرِ ، أنَّها متى رَضِيَتْ به عِنِّينًا ، بَطَلَ خِيارُها ، سواءٌ قالتْـهُ[١] عَقِيبَ العَقْدِ ، أو بعدَ ضَرْبِ المُدَّةِ ، أو بعدَ انْقِضائِها ، ولا نعلمُ فى بُطْلانِ خِيارِها بقَوْلِها ذلك بعد انْقِضاءِ المُدَّةِ خلافًا ، فأما قبلَها فإن الشافعيَّ قال فى الجديدِ : لا يَبْطُلُ خِيارُها ؛ لأنَّ حَقَّها فى[٢] الفَسْخِ إنَّما يَثْبُتُ بعدَ انْقِضاءِ المُدَّةِ ، فلم يَصِحَّ إسْقاطُه قبلَها ، كالشَّفِيعِ يُسْقِطُ حَقَّه قبلَ البَيْعِ . ولَنا ، أنَّها رَضِيَتْ بالعَيْبِ بعدَ العَقْدِ ، فسَقَطَ خِيارُها ، كسائرِ العُيُوبِ ، وكما بعدَ انْقِضاءِ المُدَّةِ . وما ذَكَرُوه غيرُ صحيحٍ ؛ فإنَّ العُنَّةَ التى هى سَبَبُ الفَسْخِ مَوْجُودةٌ ، وإنَّما المُدَّةُ لِيُعْلَمَ وُجُودُها ، ويُتَحَقَّقَ عِلْمُها ، فهى كالبَيِّنَةِ فى سائرِ العُيُوبِ[٣] . ويُفارِقُ الشُّفْعةَ ؛ فإنَّ سَبَبَها البَيْعُ ، ولم يُوجَدْ بعدُ . فإن قيل : فلو رَضِيَتِ المرأةُ بالإعْسارِ ، ثم اخْتارتِ الفَسْخَ ، مَلَكَتْه ، ولو آلَى منها ، فرَضِيَتْ بالمُقامِ معه ، ثم طالبَتْ بالعُنَّةِ ، كان لها ذلك ؟ قُلْنا : الفَرْقُ بينهما أنَّ النَّفقةَ يتجَدَّدُ وُجُوبُها كلَّ يومٍ ، فإذا رَضِيَتْ بإسْقاطِ ما يَجِبُ لها فى المُسْتَقْبَلِ ، لم يَسْقُطْ ؛ لأنَّها أسْقَطَتْه قبلَ وُجوبِه ، فأشْبَهَ إسْقاطَ الشُّفْعةِ قبلَ البَيْعِ ، بخلافِ العَيْبِ ، ولأنَّ الإعْسارَ يَعْقُبُه[٤] اليَسارُ ،

٧/١٠٠ ظ

(١) فى ا ، ب ، م : « قالت » .

(٢) فى الأصل ، ا : « من » .

(٣) فى ب : « العقود » .

(٤) فى الأصل ، ا ، ب : « يتعقبه » .

فترْضَى بالمُقامِ رَجاءَ ذلك ، وكذلك المُولِى يجوزُ أن يُكفِّرَ عن يَمِينِه ، ويَطَأَ ، فإذا لم يُوجَدْ ذلك ، ثَبَتَ لها الخِيارُ ، فأمَّا العِنِّينُ إذا رَضِيَتْه ، فقد رَضِيَتْ بالعَجْزِ من[5] طَرِيقِ الخِلْقةِ ، وهو مَعْنًى لا يَزُولُ فى العادةِ ، فافْتَرَقَا .

١١٩١ ـ مسألة ؛ قال : (وَإِنِ اعْتَرَفَتْ أَنَّه قَدْ وَصَلَ إِلَيْهَا مَرَّةً ، بَطَلَ أَنْ يَكُونَ عِنِّينًا)

أكثرُ أهلِ العلمِ على هذا ، يقولون : متى وَطِئَ امْرَأتَه مَرَّةً ، ثم ادَّعَتْ عَجْزَه ، لم تُسْمَعْ دَعْواها ، ولم تُضْرَبْ له مُدَّةٌ ، منهم ؛ عَطاءٌ ، وطاوُس ، والحسنُ ، ويَحْيَى الأنْصاريُّ ، والزُّهْرِيُّ ، وعَمْرُو بن دِينارٍ ، وقَتادَةُ ، وابنُ هاشِمٍ ، ومالكٌ ، والأوْزاعِىُّ ، والشافعىُّ ، وإسْحاقُ ، وأبو عُبَيْدٍ ، وأصحابُ الرَّأْىِ . وقال أبو ثورٍ : إن[1] عَجزَ عن وَطْئِها أُجِّلَ لها ؛ لأنَّه عَجزَ عن وَطْئِها ، فثبَتَ[2] حَقُّها ، كما لو جُبَّ بعدَ الوَطْءِ . ولَنا ، أنَّه[3] قد تَحقَّقَتْ قُدْرَتُه على الوَطْءِ فى هذا النِّكاحِ ، وزَوالُ عُنَّتِه ، فلم تُضْرَبْ له مُدَّةٌ ، كما لو لم يَعْجِزْ ، / ولأنَّ حُقُوقَ الزَّوْجيَّةِ ، من اسْتِقْرارِ المَهْرِ والعِدَّةِ ، تَثْبُتُ بوَطْءٍ واحِدٍ ، وقد وُجِدَ . وأمَّا الجَبُّ ، فإنَّه يتحققُ به[4] العَجْزُ فافْتَرَقا .

١٠١/٧و

فصل : والوَطْءُ الذى يَخْرُجُ به عن العُنَّةِ ، هو تَغْيِيبُ[5] الحَشَفةِ فى الفَرْجِ ؛ لأنَّ الأحْكامَ المُتعَلِّقةَ بالوَطْءِ تتعلَّقُ بتَغْيِيبِ الحَشَفةِ ، فكان وَطْأً صَحِيحًا ، فإن كان الذَّكَرُ مَقْطُوعَ الحَشَفةِ ، ففيه وَجْهان ؛ أحدهما ، لا يَخْرُجُ عن العُنَّةِ إلَّا بتَغْيِيبِ جميعِ الباقِى ؛ لأنَّه لا حَدَّ هٰهُنا يُمْكِنُ اعْتِبارُه ، فاعْتُبِرَ تَغْيِيبُ[5] جَمِيعِه ؛ لأنَّه المعنى الذى

---

(٥) فى م : « عن » .
(١) فى الأصل ، ب : « إذا » .
(٢) فى ا ، م : « فيثبت » .
(٣) فى الأصل : « أنها » .
(٤) فى ب : « بعد » .
(٥) فى ا ، م : « تغيب » .

يتحقق به حُصُولُ حُكْمِ الوَطْءِ . والثانى ، يُعْتَبَرُ تَغْيِيبُ قَدْرِ الحَشَفَةِ ، ليكونَ ما يُجْزِئُ من المَقْطُوعِ مثل ما يُجْزِئُ من الصحيح . وللشافعىِّ قَوْلان كهٰذَيْن .

فصل : ولا يخْرُجُ عن العُنَّةِ بالوَطْءِ فى الدُّبُرِ ؛ لأنَّه ليس بمَحَلٍّ للوَطْءِ ، فأشْبَهَ الوَطْءَ فيما دُونَ الفَرْجِ ، ولذلك لا يتعلَّقُ به الإِحْلالُ للزَّوْجِ الأَوَّلِ ، ولا الإِحْصانُ . وإن وَطِئَها فى القُبُلِ حائِضًا ، أو نُفَساءَ ، أو مُحْرِمَةً ، أو صائِمةً ، خرَج عن العُنَّةِ . وذكر القاضى أنَّ قِياسَ المَذْهَبِ أنْ لا يَخْرُجَ من العُنَّةِ ؛ لنَصِّ أحمدَ على أنَّه لا يَحْصُلُ به الإِحْصانُ والإِباحةُ للزَّوْجِ الأَوَّلِ ، ولأنَّه وَطْءٌ مُحَرَّمٌ ، أشْبَهَ الوَطْءَ فى الدُّبُرِ . ولَنا ، أنَّه وَطْءٌ فى مَحَلِّ الْوَطْءِ ، فخرَج به عن العُنَّةِ ، كما لو وَطِئَها وهى مَرِيضةٌ يَضُرُّها الوَطْءُ ، ولأنَّ العُنَّةَ العَجْزُ عن الوَطْءِ ، ولا يَبْقَى مع وُجُودِ الوَطْءِ ، فإنَّ العَجْزَ ضِدُّ القُدْرةِ ، فلا يَبْقَى مع وُجُودِ ضِدِّه ، وما ذكَره[6] غيرُ صحيحٍ ؛ لأنَّ تلك أحكامٌ يجوزُ أن تَنْتَفِىَ[7] مع وُجُودِ سَبَبِها لمانِعٍ[8] ، أو لِفَوَاتِ[9] شَرْطٍ ، والعُنَّةُ فى نَفْسِها أمرٌ حقيقىٌّ ، لا يُتَصَوَّرُ بقاؤُه مع انْتِفائِه . فأمَّا الوَطْءُ فى الدُّبُرِ ، فليس بوَطْءٍ فى مَحَلِّه ، بخلافِ مسألَتِنا . وقد اختارَ ابنُ عقيلٍ أنَّه تَنْتَفِى به العُنَّةُ ؛ لأنَّه أصْعَبُ ، فمَن قَدَرَ عليه فهو على غيرِه أقْدَرُ .

فصل : وإن وَطِئَ امرأةً ، لم يخْرُجْ به عن العُنَّةِ فى حَقِّ غيرِها . واخْتار ابنُ عَقِيلٍ أنَّه يخْرُجُ عن العُنَّةِ فى حَقِّ جميعِ النِّساءِ ، فلا تُسْمَعُ دَعْواها عليه منها ولا من غيرِها . وهذا مُقْتَضَى قولِ أبى بكرٍ ، (10 وهو قَوْلُ 10) كلِّ مَنْ قال : إنَّه يُخْتَبَرُ بتَزْوِيجِ امرأةٍ أُخْرَى . وحُكِىَ[11] ذلك عن سَمُرَةَ ، وعمرَ[12] بن عبدِ العزيزِ . وذلك لأنَّ العُنَّةَ خِلْقةٌ وجِبلَّةٌ لا تتغَيَّرُ بتغَيُّرِ[13] / النِّساءِ ، فإذا انْتَفَتْ فى حَقِّ امرأةٍ ، لم تَبْقَ فى حَقِّ غيرِها . ولَنا ، أنَّ حُكْمَ 101/7 ظ

(6) فى الأصل ، م : « ذكروه » .
(7) فى ا ، م : « تبقى » .
(8) فى الأصل : « المانع » .
(9) فى الأصل ، ا ، ب : « فوات » .
(10 – 10) فى ا ، ب ، م : « وقول » .
(11) فى ا ، ب ، م : « ويحكى » .
(12) فى م : « وعن عمر » .
(13) فى ا ، ب ، م : « بتغيير » .

كلِّ امرأةٍ مُعْتَبَرٌ[١٤] بنَفْسِها ، ولذلك لو ثَبَتَتْ عُنَّتُه فى حَقِّهِنَّ ، فرَضِىَ بعضُهنَّ ، سَقَطَ حَقُّها وحدَها دُونَ الباقِياتِ ، ولأنَّ الفَسْخَ لدَفْعِ الضَّرَرِ الحاصِلِ بالعَجْزِ عن وَطْئِها ، وهو ثابتٌ فى حَقِّها لا يَزُولُ بوَطْءِ غيرِها . وقوله : كيف يَصِحُّ عَجْزُه عن واحدةٍ دُونَ أُخْرَى ؟ قُلْنا : قد تَنْهَضُ شَهْوَتُه فى حَقِّ إحْداهما ، لِفَرْطِ حُبِّه إيَّاها ، ومَيْلِه إليها ، واخْتِصاصِها بجَمالٍ[١٥] ونحوِه[١٦] دون الأُخْرَى . فعلى هذا ، لو تَزَوَّجَ امرأةً فأصَابَها ، ثم أبَانَها ، ثم تَزَوَّجَها ، فعَنَّ عنها ، فلها المُطالبةُ ؛ لأنَّه إذا جازَ أن يَعِنَّ عن امرأةٍ دون أُخْرَى ، ففى نِكاحٍ دون نكاحٍ أَوْلَى . وعلى قولِ أبى بكرٍ ومَنْ وافَقَه : لا يَصِحُّ هذا ، بل متى وَطِئَ مَرَّةً[١٧] ، لم تَثْبُتْ عُنَّتُه أبدًا .

١١٩٢ – مسألة ؛ قال : (وَإِنْ جُبَّ قَبْلَ الْحَوْلِ ، فَلَهَا الْخِيارُ فِى وَقْتِهَا)

كأنَّ الْخِرَقِىَّ أراد : إذا ضُرِبَتْ له المدةُ فلم يُصِبْها حتى جُبَّ ، ثَبَتَ لها الخِيارُ فى الحالِ . لأنَّنا نَنْتَظِرُ الحَوْلَ لنَعْلَمَ عَجْزَه ، وقد عَلِمْناه هٰهُنا يَقِينًا ، فلا حاجةَ إلى الانْتِظارِ . قال القاضى : ويَلْزَمُ على هذا أنَّ سائرَ العُيُوبِ الحادِثةِ بعدَ العَقْدِ ، يَثْبُتُ بها الخِيارُ ؛ فإنَّ الخِيارَ هٰهُنا إنَّما ثَبَتَ[١] بالجَبِّ الحادثِ ، ولوْلاه لم يَثْبُت الفَسْخُ ؛ لأنَّنا لم نَتَيَقَّنْ عُنَّتَه ، والجَبُّ حادِثٌ ، فلما ثَبَتَ الفَسْخُ به ، عُلِمَ أنَّه إنَّما اسْتُحِقّ بالعَيْبِ الحادِثِ . وفى بعض النُّسَخ : « قبلَ الدُّخُولِ » . ومعناهما واحدٌ . ويَحْتَمِلُ أنَّه إنَّما اسْتَحَقَّ الفَسْخَ هٰهُنا بالجَبِّ الحادِثِ ؛ لأنَّه مُتَضَمِّنٌ[٢] مَقْصُودَ العُنَّةِ فى العَجْزِ عن الوَطْءِ ، ومُحَقِّقٌ للمَعْنَى الذى ادَّعَتْه المرأةُ ، بخِلافِ غيرِه من العُيُوبِ . واللهُ أعلمُ .

---

(١٤) فى الأصل : « يعتبر » .

(١٥) فى ب : « بحال » .

(١٦) فى م : « وجهها » .

(١٧) فى ا : « امرأة » .

(١) فى ب ، م : « يثبت » .

(٢) سقط من : الأصل .

١١٩٣ ـ مسألة ؛ قال : (وَإِنْ زَعَمَ أنَّه قَدْ وَصَلَ إِلَيْهَا ، وادَّعَتْ أنَّهَا عَذْراءُ ، أُرِيَتِ النِّسَاءَ الثِّقاتَ ، فَإِنْ شَهِدْنَ[١] بِمَا قَالَتْ ، أُجِّلَ سَنَةً)

وجملتُه أنَّ المرأةَ إذا ادَّعَتْ عُنَّةَ زَوْجِها ، فزَعَمَ أنَّه وَطِئَها ، وقالتْ : إنها عَذْراءُ . أُرِيتْ النِّساءَ[٢] ، فإن شَهِدْنَ بعُذْرَتِها ، فالقولُ قولُها ، ويُؤَجَّلُ . وبهذا قال الثَّوْرِيُّ ، والشافعيُّ ، وإسْحاقُ ، وأصحابُ الرَّأْيِ . وإنَّما كان[٣] كذلك ؛ لأنَّ الوَطْءَ يُزِيلُ عُذْرَتَها ، فوُجُودُها يَدُلُّ على عَدَمِ الوَطْءِ ، فإن ادَّعَى أن عُذْرَتَها عادَتْ بعدَ الوَطْءِ ، فالقولُ قولُها ؛ لأنَّ هذا بَعِيدٌ جدًّا ، وإن كان مُتصَوَّرًا . وهل تُستَحْلَفُ المرأةُ ؟ يَحْتَمِلُ وَجْهَيْنِ ؛ أحدهما ، تُسْتَحْلَفُ ؛ لإزالةِ / هذا الاحْتمالِ ، كما يُسْتَحْلَفُ سائرُ مَنْ قُلْنَا : القولُ قولُه . والآخَرُ ، لا تُسْتَحْلَفُ ؛ لأنَّ ما يَبْعُدُ جدًّا لا الْتِفاتَ إليه ، كاحْتِمَالِ[٤] كَذِبِ البَيِّنةِ العادِلةِ ، وكَذِبِ المُقِرِّ فى إقْرارِه . وهل يُقْبَلُ قولُ امْرأةٍ واحدةٍ ؟ على رِوَايتَيْنِ . وهذا الذى ذكَره الْخِرَقِيُّ فيما إذا اخْتَلَفا فى ابْتِداءِ الأمْرِ قبلَ ضَرْبِ الأجَلِ ، فإن اخْتلَفا فى ذلك بعدَ ضَرْبِ المُدّةِ ، وشَهِدَ النِّساءُ بعُذْرَتِها ، لم تَنْقَطِع المُدّةُ . وإن كان بعدَ انْقِضاءِ المدةِ فحُكْمُه حُكْمُ[٥] من اعْتَرَفَ أنَّه[٦] لم يَطَأْها . وفى كلِّ موضعٍ شَهِدَ النساءُ بزَوَالِ عُذْرَتِها ، فالقولُ قولُه ، فيَسْقُطُ[٧] حكمُ قَوْلِها ؛ لأنَّه تَبَيَّنَ كَذِبُها . وإن ادَّعَتْ أنَّ عُذْرَتَها زالتْ بسببٍ آخرَ ، فالقولُ قولُه ؛ لأنَّ الأصْلَ عدمُ الأسْبابِ .

٧/١٠٢و

١١٩٤ ـ مسألة ؛ قال : (وَإِنْ كَانَتْ ثَيِّبًا ، وادَّعَى أنَّه يَصِلُ إِلَيْهَا ، أُخْلِيَ مَعَهَا فِى

---

(١) فى م : « شهدت » .
(٢) فى الأصل : « للنساء » .
(٣) فى ا ، ب ، م : « كانت » .
(٤) فى ب ، م : « لاحتمال » .
(٥) فى م : « كحكم » .
(٦) فى الأصل : « بأنه » .
(٧) فى الأصل ، ا : « وسقط » . وفى ب : « فسقط » .

بَيْتٍ ، وقِيلَ لَهُ : أَخْرِجْ ماءَكَ عَلَى شَىْءٍ . فَإِنِ ادَّعَتْ[1] أَنَّهُ لَيْسَ بِمَنِىٍّ ، جُعِلَ عَلَى النَّارِ ، فَإِنْ ذَابَ فَهُوَ مَنِىٌّ ، وبَطَلَ قَوْلُهَا . وقَدْ رُوِىَ عَنْ أَبِى عَبْدِ اللهِ ، رَحِمَهُ اللهُ ، رِوَايةٌ أُخْرَى ، أَنَّ الْقَوْلَ قَوْلُه مَعَ يَمِينِهِ)

اخْتلَفت الرِّواية عن أبى عبدِ الله ، رَحِمَهُ اللهُ ، فى هذه المسألةِ ، فحَكَى الْخِرَقِىُّ فيها رِوَايتَيْنِ ؛ إحداهما ، أنَّه يُخْلَى معها ، ويقال له[2] : أَخْرِجْ ماءَك على شىءٍ . فإن أخْرَجَه ، فالقولُ قولُه ؛ لأنَّ العِنِّينَ يَضْعُفُ عن[3] الإنْزالِ ، فإذا أنْزَلَ تَبَيَّنَّا صِدْقَه ، فنَحْكُمُ به . وهذا مذهبُ عَطاءٍ . فإن ادَّعَتْ[1] أنَّه ليس بمَنِىٍّ ، جُعِلَ على النارِ ، فإن ذابَ فهو مَنِىٌّ ؛ لأنَّه شَبِيهٌ[4] بِبَياضِ[5] البَيْضِ ، وذاك إذا وُضِعَ على النارِ تجَمَّعَ ويَبِسَ ، وهذا يذوبُ ، فيتَمَيَّزُ[6] بذلك أحَدُهما من الآخرِ ، فيُخْتَبَرُ به . وعلى هذا متى عَجَزَ عن إخْراجِ مائِه[7] ، فالقولُ قولُ المرأةِ ؛ لأنَّ الظَّاهرَ معها . والرِّواية الثانية ، القولُ قولُ الرَّجُلِ مع يَمينِه . وبهذا قال الثورىُّ ، والشافعىُّ ، وإسحاقُ ، وأصْحابُ الرَّأْىِ ، وابنُ الْمُنْذِرِ ؛ لأنَّ هذا ممَّا يَتَعَذَّرُ إقامةُ البَيِّنةِ عليه ، وجَنْبَتُه أقْوَى ، فإنَّ فى[8] دَعْواه سَلَامةَ العَقْدِ ، وسلامةَ نَفْسِه من[9] العُيُوبِ ، والأصْلُ السَّلامةُ ، فكان القولُ قولَه ، كالمُنْكِرِ فى سائرِ الدَّعاوَى ، وعليه اليمينُ على صِحَّةِ ما قال . وهذا قولُ مَنْ سَمَّيْنا هـٰهُنا ؛ لأنَّ قولَه مُحْتَمِلٌ للكَذِبِ ، فقَوَّيْنا قولَه بيَمِينِه ، كما فى سائرِ الدَّعاوَى التى يُسْتَحْلَفُ فيها . فإن

---

(١) فى م : « ادعيت » .
(٢) سقط من : ب ، م .
(٣) فى ا ، ب ، م : « على » .
(٤) فى الأصل : « يشبه » .
(٥) فى ب : « بياض » .
(٦) فى ب : « فتميز » .
(٧) فى ب : « المنى » .
(٨) سقط من : ا ، ب ، م .
(٩) فى ب : « فى » .

نَكَلَ ، قُضِىَ عليه بنُكُولِه ، ويدلُّ على وُجُوبِ اليمينِ / عليه قولُ النَّبِىِّ ﷺ : « ولَكِنَّ الْيَمِينَ عَلَى الْمُدَّعَى عَلَيْهِ »[10] . قال القاضى : ويَتخرَّجُ أن لا يُسْتَحْلَفَ ، بِناءً على إنْكارِه دَعْوَى الطَّلاقِ ، فإنَّ فيها روايتَيْنِ ، كذا هـٰهُنا . والصَّحيحُ ما قال الْخِرَقِىُّ ؛ لدَلالةِ الخَبَرِ والمعنى عليه . ورُوِىَ عن أحمدَ ، رِوَايةٌ ثالثة ، أنَّ القولَ قولُ المرأةِ مع يَمِينِها . حكاها القاضى فى « المُجَرَّدِ » ؛ لأنَّ الأصْلَ عَدَمُ الإصابةِ ، فكان القولُ قولَها ، لأنَّ قَوْلَها مُوَافِقٌ للأصْلِ ، واليَقِينُ معها . وفى كلِّ موضعٍ حَكَمْنا بوَطْئِه ، بَطَلَ حُكْمُ عُنَّتِه ، فإن كان فى ابتداءِ الأمْرِ ، لم تُضْرَبْ له مُدَّةٌ . وإن كان بعدَ ضَرْبِ المُدَّةِ ، انْقَطَعَتْ . وإن كان بعدَ انْقِضائِها ، لم يَثْبُتْ لها خِيارٌ . وكلُّ موضعٍ حَكَمْنا بعَدَمِ الوَطْءِ منه ، ثَبَتَ حكمُ عُنَّتِه ، كما لو أقَرَّ بها . واختار أبو بكرٍ أنَّه يُزَوَّجُ امْرأةً لها حَظٌّ من الجمالِ ، وتُعْطَى صَدَاقَها مِن بيتِ المالِ ، ويُخْلَى معها ، وتُسْأَلُ عنه ، ويُؤْخَذُ بما تَقُولُ ، فإن أخْبَرَتْ أنَّه يَطَأُ ، كُذِّبَتِ الأُولَى ، والثانية بالخِيارِ بين الإقامةِ والفَسْخِ ، وصَدَاقُها من بيتِ المالِ . وإن كَذَّبَتْه ، فُرِّقَ بينَه وبينَهما ، وصَدَاقُ الثانيةِ من مالِه هـٰهُنا ؛ لما رُوِىَ أنَّ امرأةً جاءت إلى سَمُرَةَ ، فشَكَتْ إليه أنَّه لا يَصِلُ إليها زَوْجُها ، فكَتَبَ إلى معاويةَ ، فكَتَبَ إليه ، أن زَوِّجْهُ بامْرأةٍ ذاتِ جمالٍ ، يُذْكَرُ عنها الصَّلاحُ ، وسُقْ إليها المَهْرَ من بيتِ المالِ عنه ، فإن أصابَها فقد كَذَبَتْ ، وإن لم يُصِبْها فقد صَدَقَتْ . فَفَعلَ ذلك سَمُرةُ ، فجاءت المرأةُ فقالت : ليس عندَه شىءٌ . ففَرَّقَ بينهما . وقال الأَوْزَاعِىُّ : يَشْهَدُه امْرَأتان ، ويُتْرَكُ بينهما ثَوْبٌ ، ويُجامِعُ امْرأَتَه ، فإذا قام عنها نَظَرَتا إلى فَرْجِها ، فإن كان فيه رُطُوبةُ الماءِ فقد صَدَقَ ، وإلَّا فلا . وحُكِىَ عن مالكٍ مثلُ ذلك ، إلَّا أنَّه اكْتَفَى بواحِدَةٍ . والصحيحُ أنَّ القولَ قولُه ، كما لو ادَّعَى الوَطْءَ فى الإيلاءِ ، ولما[11] قدَّمْنا . واعتبارُ خُرُوجِ الماءِ ضَعِيفٌ ؛ لأنَّه قد يَطَأُ ولا يُنْزِلُ ، وقد يُنْزِلُ من غيرِ وَطْءٍ ، فإنَّ ضَعْفَ الذَّكَرِ لا يَمْنَعُ سلامةَ الظَّهْرِ ونُزُولَ الماءِ ، وقد يَعْجِزُ السليمُ القادِرُ عن

---

(10) تقدم تخريجه فى : ٦ / ٥٢٥ .

(11) فى ب : « وكما » .

الوَطْءِ فى بعضِ الأَحْوالِ ، وليس كلُّ مَنْ عَجزَ عن الوَطْءِ فى حالٍ من الأحوالِ ، أو وقتٍ من الأوقاتِ ، يكونُ عِنِّينًا ، ولذلك جَعَلْنا مُدَّتَه سنةً ، وتَزْوِيجُه[١٢] بامرأةٍ ثانيةٍ ، لا يَصِحُّ لذلك أيضا ، ولأنَّه قد يَعِنُّ عن امرأةٍ دُونَ أُخْرَى ، ولأنَّ نِكاحَ الثانيةِ إن كان مُؤَقَّتًا أو غيرَ لازمٍ ، فهو نِكاحٌ باطلٌ ، والوَطْءُ فيه حَرَامٌ ، وإن كان / صَحِيحًا لازِمًا[١٣] ، ففيه إضْرَارٌ بالثانية ، ولا يَنْبَغى أن يُقْبَلَ قولُها ؛ لأنَّها تُرِيدُ بذلك تَخْلِيصَ نَفْسِها ، فهى مُتَّهَمةٌ فيه ، وليستْ بأحَقَّ أن يُقْبَلَ قولُها من الأُولَى ، ولأنَّ الرَّجُلَ لو أقَرَّ بالعَجْزِ عن الوَطْءِ فى يومٍ أو شهرٍ ، لم تَثْبُتْ عُنَّتُه بذلك ، وأكثرُ ما فى الذى ذكَروه ، أن يَثْبُتَ عَجْزُه عن الوَطْءِ فى اليومِ الذى اخْتَبَرُوه فيه ، فإذا لم يَثْبُتْ حُكْمُ[١٤] عُنَّتِه بإقْرارِه بعَجْزِه ، فلأن لا يَثْبُتَ بدَعْوَى غيرِه ذلك عليه أَوْلَى .

١٠٣/٧و

١١٩٥ – مسألة ؛ قال : (**وَإذَا قَالَ الخُنثَى الْمُشْكِلُ : أَنَا رَجُلٌ . لَمْ يُمْنَعْ مِنْ نِكَاحِ النِّسَاءِ ، ولَمْ يَكُنْ لَهُ أنْ يَنْكِحَ بغَيْرِ ذٰلِكَ بَعْدُ ، وكَذٰلِكَ لَوْ سَبَقَ ، فَقَالَ : أنا[١] امْرَأَةٌ . لَمْ يَنْكِحْ إلَّا رَجُلًا**)

الخُنْثَى : هو الذى له[٢] فى قُبُلِه فَرْجانِ ؛ ذَكَرُ رَجُلٍ ، وفَرْجُ امْرأةٍ . ولا يخْلُو من أن يكونَ ذَكَرًا أو أُنْثَى ، قال اللهُ تعالى : ﴿ وَأَنَّهُۥ خَلَقَ ٱلزَّوْجَيْنِ ٱلذَّكَرَ وَٱلْأُنثَىٰ ﴾[٣] . وقال تعالى : ﴿ وَبَثَّ مِنْهُمَا رِجَالًا كَثِيرًا وَنِسَآءً ﴾[٤] . فليس ثَمَّ خَلْقٌ ثالثٌ . ولا يَخْلُو الخُنْثَى من أن يكونَ مُشْكِلًا ، أو غير مُشْكِلٍ ، فإن لم يَكُنْ مُشْكِلًا بأن تَظْهَرَ فيه

---

(١٢) فى م : « وتزوجه » .
(١٣) فى م : « لازمه » .
(١٤) سقط من : م .
(١) سقط من : الأصل .
(٢) سقط من : م .
(٣) سورة النجم ٤٥ .
(٤) سورة النساء ١ .

عَلاماتُ الرِّجالِ ، فهو رَجُلٌ له أحكامُ الرِّجالِ ، أو تَظْهَرَ فيه علاماتُ النِّساءِ ، فهو امرأةٌ له أحْكامُهُنَّ . وإن كان مُشْكِلًا ، فلم تَظْهَرْ فيه علاماتُ الرجالِ ولا النساءِ ، فاخْتلفَ أصحابُنا فى نِكاحِه ، فذكر الخِرَقِىُّ أنَّه يُرْجَعُ إلى قَوْلِه ، (٥فإن ذَكَرَ أنَّه رَجُلٌ ، وأنه يَمِيلُ طَبْعُه٥) إلى نِكاحِ النساءِ ، فله نِكاحُهُنَّ . وإن ذكَرَ أنَّه امرأةٌ ، يميلُ طَبْعُه إلى الرِّجالِ ، زُوِّجَ رَجُلًا ؛ لأنَّه مَعْنًى لا يُتَوصَّلُ إليه إلَّا من جِهَتِه ، وليس فيه إيجابُ حَقٍّ على غيرِه ، فقُبِلَ قولُه فيه ، كما يقبلُ قولُ المَرْأةِ فى حَيْضِها[٦] وعِدَّتِها . وقد يَعْرِفُ نَفْسَه بمَيْلِ طَبْعه إلى أحدِ الصِّنْفَيْنِ وشَهْوَتِه له ، فإنَّ اللهَ تعالى أجْرَى العادةَ فى الحيواناتِ بمَيْلِ الذَّكَرِ إلى الأُنْثَى ومَيْلِها إليه ، وهذا المَيْلُ أمْرٌ فى النَّفْسِ والشَّهْوةِ ، لا يَطَّلِعُ عليه غيرُه ، وقد تَعَذَّرَتْ علينا مَعْرِفةُ عَلاماتِه الظَّاهرةَ ، فرُجِعَ فيه إلى الأُمورِ الباطِنَةِ ، فيما يَخْتَصُّ هو بحُكْمِه . وأمَّا المِيراثُ والدِّيَةُ ، فإن أقَرَّ على نَفْسِه بما يُقَلِّلُ مِيراثَه أو دِيَتَه ، قُبِلَ منه ، وإن ادَّعَى ما يَزِيدُ ذلك ، لم يُقْبَلْ ؛ لأنَّه مُتَّهَمٌ فيه ، فلا يُقْبَلُ قَوْلُه على غيرِه . وما كان من عِباداتِه وسُتْرَتِه[٧] وغيرِ ذلك ، فيَنْبَغِى أن يُقْبَلَ قولُه فيه ؛ لأنَّه حكمٌ بينه وبين اللهِ تعالى . قال القاضى : ويُقْبَلُ قولُه فى الإمَامةِ ، ووِلايةِ النِّكاحِ ، وما لا يُثْبِتُ / حَقًّا على غيرِه . وإذا زُوِّجَ امْرأةً أو رَجُلًا ، ثم عاد فقال خِلافَ قولِه الأوَّلِ ، لم يُقْبَلْ قولُه[٨] فى التَّزْويجِ بغيرِ الجِنْسِ الذى زُوِّجَه أوَّلًا ؛ لأنَّه مُكَذِّبٌ لنَفْسِه ، ومُدَّعٍ ما يُوجِبُ الجَمْعَ بين تَزْوِيجِ الرِّجالِ والنساءِ ، لكن إن تَزَوَّجَ امْرأةً ، ثم قال : أنا امْرأةٌ ، انْفَسَخَ نِكاحُه ؛ لإقْرارِه ببُطْلانِه ، ولا يُقْبَلُ قولُه فى سُقُوطِ المَهْرِ عنه . وإن تَزَوَّجَ رَجُلًا ثم قال[٩] : أنا رَجُلٌ . لم يُقْبَلْ قولُه فى فَسْخِ نِكاحِه ؛ لأنَّ الحَقَّ عليه . وهذا قولُ الشافعىِّ . وقال أبو بكرٍ : لا

١٠٣/٧ ظ

(٥ - ٥) فى الأصل : « فإن قال : أنا رجل ، وأن طبعه يميل » .

(٦) فى م : « حيضتها » .

(٧) فى الأصل : « وسيرته » .

(٨) سقط من : م .

(٩) فى ا ، ب ، م : « وقال » .

يَجُوزُ أن يتزوَّجَ[10] حتى يَبِينَ أمْرُه . وذكَره نصًّا عن أحمدَ ، فى رِوَاية المَيْمُونِىِّ . وهذا الذى ذكَره أبو إسحاق مَذْهبًا للشافعىِّ ؛ وذلك لأنَّه لم يتحقَّقْ وُجُودُ ما يُبِيحُ له النِّكاحَ . فلم يُبَحْ له ، كما لو اشْتَبَهَتْ عليه أخْتُه بنسْوةٍ ، وكما لو لم يَقُلْ إنِّى رَجُلٌ ولا امْرأة ، ولأنَّ قولَه لا يُرْجَعُ إليه فى شىءٍ من أحْكامِه من المِيراثِ والدِّيَةِ وغيرِهما ، فكذلك[11] ، فى نِكاحِه ، ولأنَّه لا يَعْرِفُ نَفْسَه كما لا يَعْرِفُه غيرُه ، ولأنَّه قد اشْتَبَهَ المُباحُ بالمَحْظورِ فى حَقِّه ، فحُرِّمَ كما ذكَرْناه .

١١٩٦ ـ مسألة ؛ قال : (**وَإذَا أَصَابَ الرَّجُلُ أَوْ أُصِيبَتِ الْمَرْأَةُ بَعْدَ الْحُرِّيَّةِ والْبُلُوغِ بِنِكاحٍ صَحِيحٍ ، ولَيْسَ وَاحِدٌ مِنْهُمَا بِزَائِلِ الْعَقْلِ ، رُجِمَا إذَا زَنَيَا ، والمُسْلِمُ والْكَافِرُ الْحُرَّانِ فِيمَا وَصَفْتُ سَوَاءٌ**)

ذكَر الْخِرَقِىُّ ، رَحِمَه اللهُ ، فى هذا الباب شَرَائِطَ الإحْصانِ . ونحن نُؤَخِّرُه إلى الحُدُودِ ، فإنَّه أخَصُّ به . واللهُ تعالى أعلمُ .

---

(١٠) فى ا زيادة : « خنثى » .

(١١) سقط من : ب ، م .

كتابُ الصَّداقِ

الأَصْلُ فى مَشْرُوعِيَّتِه الكتابُ والسُّنَّةُ والإِجْماعُ؛ أما الكتابُ فقولُه تعالى: ﴿وَأُحِلَّ لَكُم مَّا وَرَاءَ ذَٰلِكُمْ أَن تَبْتَغُواْ بِأَمْوَٰلِكُم مُّحْصِنِينَ غَيْرَ مُسَٰفِحِينَ﴾[1]. وقال تعالى: ﴿وَآتُوا النِّسَاءَ صَدُقَاتِهِنَّ نِحْلَةً﴾. قال أبو عُبَيْدٍ: يَعْنِى عن طِيبِ نَفْسٍ، بالفَرِيضةِ التى فَرَضها[2] اللهُ تعالى. وقيل: النِّحْلةُ: الهِبَةُ، والصَّداقُ فى معناها؛ لأَنَّ كلَّ واحدٍ من الزَّوْجَيْنِ يَسْتَمْتِعُ بصاحِبه، وجَعَلَ الصَّداقَ للمرأةِ، فكأَنَّه عَطِيَّةٌ بغيرِ عِوَضٍ. وقيل: نِحْلَةً من اللهِ تعالى للنِّساءِ. وقال تعالى: ﴿فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ فَرِيضَةً﴾. وأمَّا السُّنَّةُ؛ فرَوَى أَنَسٌ، أَنَّ رسولَ الله ﷺ رَأَى على عبدِ الرحمنِ بن عَوْفٍ رَدْعَ زَعْفَرانٍ[3]، فقال النبيُّ ﷺ: «مَهْيَمْ؟»[4] فقال: يا رسولَ الله، تزَوَّجْتُ امرأةً. فقال: «ما أَصْدَقْتَها؟». قال: وَزْنَ نواةٍ / من ذَهَبٍ. فقال: «بارَكَ اللهُ لَكَ، أَوْلِمْ ولَوْ بشَاةٍ». وعنه، أنَّ رسولَ الله ﷺ أعْتَقَ صَفِيَّةَ، وجَعَلَ عِتْقَها صَدَاقَها. مُتَّفَقٌ عليهما[5]. وأَجْمَعَ المسلمونَ على مَشْرُوعِيَّةِ الصَّداقِ فى النِّكاحِ.

٧/١٠٤و

فصل: وللصَّداقِ تِسْعةُ أَسْماءٍ؛ الصَّدَاقُ، والصَّدُقَةُ، والمَهْرُ، والنِّحْلةُ، والفَرِيضةُ، والأَجْرُ، والعَلائِقُ، والعُقْرُ، والحِباءُ. رُوِىَ عن النَّبِىِّ ﷺ أنَّه قال: «أَدُّوا العَلائِقَ». قيل: يا رسولَ الله، وما العَلائِقُ؟ قال: «مَا تَرَاضَى[6] بِهِ

---

(١) سورة النساء ٢٤.

(٢) فى ب، م: «فرض».

(٣) ردع زعفران: لطخ منه أو أثره فى جسده.

(٤) مهيم: ما شأنك وما حالك، أو ما وراءك.

(٥) تقدم تخريج الأول فى: ٩ / ٤٧٠، والثانى فى: ٩ / ٣٤٨.

(٦) فى م: «يتراضى».

الْأَهْلُونَ »[٧] . وقال عمرُ : لها عُقْرُ نِسَائِهَا . وقال مُهَلْهِلٌ[٨] :

أَنْكَحَهَا فَقْدُهَا الأراقِمَ فى جَنْبٍ وكان الحِبَاءُ من أَدَمِ
لو بِأَبَانَيْنِ[٩] جاءَ يَخْطُبُهَا خُضِّبَ ما وَجْهُ خاطِبٍ بِدَمِ

يقال : أَصْدَقْتُ المَرْأَةَ ومَهَرْتُها . ولا يقال : أَمْهَرْتُها .

فصل : ويُسْتَحَبُّ أن لا يَعْرَى النِّكاحُ عن تَسْمِيَةِ الصَّداقِ ؛ لأَنَّ النَّبِىَّ ﷺ كان يُزَوِّجُ بناتَه وغيرَهُنَّ ويتزوَّجُ[١٠] ، فلم يكُنْ يُخْلِى ذلك من صَداقٍ . وقال للذى زَوَّجه المَوْهُوبَةَ : « هَلْ مِنْ شَىْءٍ تُصْدِقُها بِهِ[١١] ؟ » . فالْتَمَسَ فلم يَجِدْ شيئًا[١٢] . قال : « الْتَمِسْ وَلَوْ خَاتَمًا مِنْ حَدِيدٍ » . فلم يَجِدْ شيئًا ، فزَوَّجَه إيَّاها بما مَعَه من القُرْآنِ[١٣] . ولأنَّه أَقْطَعُ للنِّزاعِ وللخِلافِ فيه ، وليس ذِكْرُه شَرْطًا ؛ بدليلِ قولِه تعالى : ﴿ لَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِنْ طَلَّقْتُمُ ٱلنِّسَاءَ مَا لَمْ تَمَسُّوهُنَّ أَوْ تَفْرِضُواْ لَهُنَّ فَرِيضَةً ﴾[١٤] . ورُوِىَ أنَّ رسولَ اللهِ ﷺ زَوَّجَ رَجُلًا امرأةً ، ولم يُسَمِّ لها مَهْرًا[١٥] .

---

(٧) أخرجه الدارقطنى ، فى : باب المهر ، من كتاب النكاح . سنن الدارقطنى ٣ / ٢٤٤ . والبيهقى ، فى : باب ما يجوز أن يكون مهرا ، من كتاب الصداق . السنن الكبرى ٧ / ٢٣٩ . وسعيد بن منصور ، فى : باب ما جاء فى الصداق . السنن ١ / ١٧٠ .

(٨) البيتان فى : الشعر والشعراء ١ / ٢٩٩ ، وعيون الأخبار ٣ / ٩١ ، والكامل ٣ / ٩٠ ، ٩١ ، ومعجم البلدان ١ / ٧٥ ، ولسان العرب (أ ب ن) ، والدرر اللوامع على همع الهوامع ٢ / ٢٢١ . والبيت الأول ، فى : جمهرة اللغة ٣ / ٢١١ ، وتهذيب اللغة ٥ / ٢٦٦ ، ولسان العرب (ج ن ب) ، (ح ب أ) ، وتاج العروس (ج ن ب) ، (ح ب أ) . والثانى فى : تهذيب اللغة ١٥ / ٥٠٤ ، وشرح المفصل ١ / ٤٦ ، ومغنى اللبيب ٢ / ١٠ . وعجز البيت الثانى فى همع الهوامع ٢ / ١٥٨ .

(٩) فى م : « لو بأبالين » خطأ .

وأبانان : تثنية أبان ، وهما جبلان ؛ أبان الأبيض شرق الحاجر ، وهو العلم لبنى فزارة وعبس ، وأبان الأسود ، جبل لبنى فزارة خاصة . معجم البلدان ١ / ٧٧ .

(١٠) سقط من : الأصل .

(١١) سقط من : م .

(١٢) سقط من : ا ، ب ، م .

(١٣) تقدم تخريجه فى : ٨ / ١٣٧ .

(١٤) سورة البقرة ٢٣٦ .

(١٥) أخرجه أبو داود ، فى : باب فى من تزوج ولم يسم صداقا ... ، من كتاب النكاح . سنن أبى داود ١ / ٤٨٨ .

١١٩٧ – مسألة ؛ قال : (وَإِذَا كَانَتِ الْمَرْأَةُ بالِغَةً رَشِيدَةً ، أو صَغِيرَةً عَقَدَ عَلَيْهَا أَبُوهَا ، فَأَىُّ صَدَاقٍ اتَّفَقُوا عَلَيْهِ فَهُوَ جَائِزٌ ، إِذَا كَانَ شَيْئًا لَهُ نِصْفٌ يُحَصَّلُ)

فى هذه المسألة ثلاثةُ فصول :

أحدها : أنَّ الصَّدَاقَ غيرُ مُقَدَّرٍ ، لا أقلُّه ولا أكْثَرُه ، بل كلُّ ما كان مالًا جاز أن يكونَ صَدَاقًا . وبهذا قال الحسنُ ، وعَطاءٌ ، وعمرُو بن دِينارٍ ، وابنُ أبى لَيْلَى ، والثَّوْرِىُّ ، والأَوْزَاعىُّ ، واللَّيْثُ ، والشَّافِعِىُّ ، وإسْحاقُ ، وأبو ثَوْرٍ ، وداودُ . وزَوَّجَ سعيدُ بن المُسَيَّبِ ابْنَتَه بِدِرْهَمَيْنِ ، وقال : لو أصْدَقَها سَوْطًا لَحَلَّتْ . وعن سعيدِ بن جُبَيْرٍ ، والنَّخَعِىِّ ، وابنِ شُبْرُمَةَ ، ومالكٍ ، وأبى حنيفةَ : هو مُقَدَّرُ الأقَلِّ . ثم اخْتَلَفُوا ، فقال مالكٌ وأبو حنيفةَ : أقلُّه ما يُقْطَعُ به السَّارِقُ . وقال ابن شُبْرُمَةَ : خَمْسَةُ دَرَاهِم . وعن النخعىِّ : أرْبَعُونَ دِرْهَمًا . وعنه / عِشْرُونَ . وعنه رِطْلٌ من الذَّهَبِ . وعن سعيدِ بن جُبَيْرٍ : خَمْسُونَ دِرْهَمًا . واحْتَجَّ أبو حنيفةَ بما رُوِىَ عن النَّبِىِّ ﷺ ، أنَّه قال : « لَا مَهْرَ أَقَلُّ مِنْ عَشْرَةِ دَرَاهِمَ »(١) . ولأنَّه يُسْتَبَاحُ به عُضْوٌ ، فكان مُقَدَّرًا كالذى يُقْطَعُ به السارِقُ . ولَنا ، قولُ النَّبِىِّ ﷺ للذى زَوَّجَه : « هَلْ عِنْدَكَ مِنْ شَىْءٍ تُصْدِقُهَا ؟ » قال: لا أَجِدُ . قال: « الْتَمِسْ، وَلَوْ خَاتَمًا مِنْ حَدِيدٍ » . مُتَّفَقٌ عليه(٢) . وعن عامرِ بن رَبِيعةَ ، أنَّ امرأةً من بنى فَزارةَ ، تَزَوَّجَتْ على نَعْلَيْنِ ، فقال رسولُ الله ﷺ : « أَرَضِيتِ مِنْ نَفْسِكِ ومَالِكِ بِنَعْلَيْنِ ؟ »(٣) قالت : نعم . فأجَازَه . أخرجه أبو داودَ ، والتِّرْمِذِىُّ(٤) ، وقال : حديثٌ حسنٌ صحيحٌ . وعن جابرٍ ، أنَّ رسولَ الله ﷺ قال : « لَوْ أَنَّ رَجُلًا أَعْطَى امْرَأَةً صَدَاقًا مِلْءَ يَدِهِ طَعَامًا ، كَانَتْ لَهُ حَلَالًا » . رواه الإمامُ

١٠٤/٧ ظ

---

(١) أخرجه الدارقطنى ، فى : باب المهر ، من كتاب النكاح . سنن الدارقطنى ٣ / ٢٤٥ .

(٢) تقدم تخريجه فى : ٨ / ١٣٧ .

(٣) فى الأصل : « على نعلين » .

(٤) تقدم تخريجه فى : ٩ / ٣٨٤ .

أحمدُ ، فى « المُسْنَدِ »[٥] . وفى لَفْظٍ عن جابرٍ ، قال : كُنَّا نَنْكِحُ على عَهْدِ رَسولِ اللهِ ﷺ على القَبْضَةِ من الطَّعَامِ . رواه الأثْرَمُ[٦] . ولأنَّ قولَ اللهِ عَزَّ وجلَّ : ﴿ وَأُحِلَّ لَكُم مَّا وَرَاءَ ذَٰلِكُمْ أَن تَبْتَغُواْ بِأَمْوَٰلِكُم ﴾[٧] . يَدْخُلُ فيه القَلِيلُ والكَثِيرُ . ولأنَّه بَدَلُ[٨] مَنْفَعَتِها ، فجاز ما تَرَاضَيَا عليه من المالِ ، كالعَشْرَةِ وكالأُجْرةِ . وحَدِيثُهم غيرُ صحيحٍ ، رواه مُبَشِّرُ[٩] بن عُبَيْدٍ ، وهو ضَعِيفٌ ، عن الحَجَّاجِ بنِ أرْطاةَ ، وهو مُدَلِّسٌ . ورووْه[١٠] عن جابرٍ ، وقد رَوَيْنا عنه خِلافَه . أو نَحْمِلُه على مَهْرِ امْرأةٍ بعَيْنِها ، أو على الاسْتِحْبابِ . وقِياسُهم لا يَصِحُّ ؛ فإنَّ النكاحَ اسْتِباحةُ الانْتِفَاعِ بالجُمْلَةِ ، والقَطْعُ إتْلافُ عُضْوٍ دُونَ اسْتِباحَتِه ، وهو عُقُوبةٌ وحَدٌّ ، وهذا عِوَضٌ ، فقِياسُه على الأعْواضِ أوْلَى . وأمَّا أكْثَرُ الصَّداقِ ، فلا تَوْقِيتَ فيه ، بإجْماعِ أهلِ العلمِ . قالَه ابنُ عبدِ البَرِّ . وقد قال اللهُ عزَّ وجلَّ : ﴿ وَإِنْ أَرَدتُّمُ ٱسْتِبْدَالَ زَوْجٍ مَّكَانَ زَوْجٍ وَءَاتَيْتُمْ إِحْدَاهُنَّ قِنطَارًا فَلَا تَأْخُذُواْ مِنْهُ شَيْـًٔا ﴾[١١] . ورَوَى أبو حَفْصٍ بإسْنادِه ، أنَّ عُمَرَ أصْدَقَ أُمَّ كُلْثُومَ ابنةَ عليٍّ أرْبَعِينَ ألْفًا[١٢] . وعن عمرَ ، رَضِىَ اللهُ عنه أنَّه قال : خَرَجْتُ وأنا أُرِيدُ أن أنْهَى عن كَثْرةِ الصَّداقِ ، فذَكَرْتُ هذه الآية : ﴿وَآتَيْتُمْ إِحْدَاهُنَّ قِنطَارًا﴾[١٣] . قال أبو صالحٍ : القِنْطارُ مائةُ رَطْلٍ . وقال أبو سعيدٍ الخُدْرِىّ : مِلْءُ مَسْكِ ثَوْرٍ[١٤] ذَهَبًا . وعن مجاهِدٍ : سَبْعُونَ ألْفَ مِثْقالٍ .

---

(٥) المسند ٣ / ٣٥٥ .

(٦) وأخرجه الدارقطنى ، فى : باب المهر ، من كتاب النكاح . سنن الدارقطنى ٣ / ٢٤٣ .

(٧) سورة النساء ٢٤ .

(٨) فى ب زيادة : « على » .

(٩) فى م : « ميسرة » . وانظر ترجمة مبشر فى : تهذيب التهذيب ١٠ / ٣٢ ، ٣٣ .

(١٠) فى الأصل : « وروى » .

(١١) سورة النساء ٢٠ .

(١٢) أخرجه البيهقى ، فى : باب لا وقت فى الصداق كثر أو قل ، من كتاب الصداق . السنن الكبرى ٧ / ٢٣٣ .

(١٣) أخرجه البيهقى ، فى : باب لا وقت فى الصداق كثر أو قل من كتاب الصداق . السنن الكبرى ٧ / ٢٣٣ . وسعيد بن منصور ، فى : باب ما جاء فى الصداق . السنن ١ / ١٦٦ ، ١٦٧ . وعبد الرزاق ، فى : باب غلاء الصداق ، من كتاب النكاح . المصنف ٦ / ١٨٠ .

(١٤) مسك ثور : جلده .

فصل : ويُسْتَحَبُّ أن لا يُغْلِيَ الصَّداقَ ؛ لما رُوِيَ عن عائشةَ ، عن النَّبيِّ ﷺ ، أنّه قال : « أَعْظَمُ النِّسَاءِ / بَرَكَةً ، أَيْسَرُهُنَّ مُؤْنَةً » . رواه أبو حَفْصٍ ، بإسنادِه[١٥] . ١٠٥/٧ و

وعن أبي العَجْفاء ، قال : قال عمرُ ، رَضِيَ اللهُ عنه : ألا لا تُغْلُوا صَدَاقَ النِّسَاءِ ، فإنَّه لو كان مَكْرُمةً في الدُّنْيا ، أو تَقْوَى عندَ اللهِ ، كان أَوْلَاكُم بها رسولُ اللهِ ﷺ ، ما أَصْدَقَ رسولُ اللهِ ﷺ امرأةً من نِسائِه ، ولا أُصْدِقَت امْرأةٌ من بَناتِه ، أَكْثَرَ من ثِنْتَىْ عَشرَةَ أُوقِيَّةً ، وإنَّ الرَّجُلَ لَيُغْلِي بصَدُقةِ امرأَتِه ، حتى يكونَ لها عَداوةٌ في قَلْبِه ، وحتى يقول : كُلِّفْتُ لكم عِلْقَ القِرْبةِ[١٦] . أخْرَجه النَّسائيُّ ، وأبو داودَ مُخْتَصَرًا[١٧] . وعن أبي سَلَمةَ قال : سَأَلْتُ عائشةَ عن صَدَاقِ النَّبيِّ ﷺ ، فقالت : ثِنتَا عَشرةَ أُوقِيةً ونَشٌّ . فقلتُ : وما نَشٌّ ؟ قالت : نِصْفُ أوقِيةٍ . أخْرَجاه أيضا[١٨] . والأُوقِيّةُ أَرْبَعُونَ دِرْهَمًا ، فلا تُسْتَحَبُّ الزِّيادةُ على هذا ؛ لأنَّه إذا كَثُرَ ربَّما تَعذَّرَ عليه ، فيَتَعرَّضُ للضَّرَرِ في الدُّنْيا والآخِرَةِ .

فصل : وكلُّ ما جازَ ثَمَنًا في البَيْعِ ، أو أُجْرَةً في الإجارَةِ ، من العَيْنِ والدَّيْنِ ، والحالِّ والمُؤَجَّلِ ، والقليلِ والكثيرِ ، ومنافِعِ الحُرِّ والعَبْدِ وغيرِهما ، جاز أن يكونَ صَدَاقًا . وقد رَوَى الدَّارَقُطْنِيُّ ، بإسنادِه ، قال : قال رسولُ اللهِ ﷺ : « أَنْكِحُوا ٱلْأَيَامَى ، وأَدُّوا العَلائِقَ » . قيل : ما العَلائِقُ بينهم[١٩] يا رسولَ اللهِ ؟ قال : « ما تَرَاضَى عَلَيْهِ ٱلْأَهْلُونَ ، ولَوْ

---

(١٥) وأخرجه الحاكم ، في : باب أعظم النساء بركة ... ، من كتاب النكاح . المستدرك ٢ / ١٧٨ . والبيهقي ، في : باب ما يستحب من القصد في الصداق ، من كتاب النكاح . السنن الكبرى ٧ / ٢٣٥ . والإمام أحمد ، في : المسند ٦ / ٨٢ ، ١٤٥ .

(١٦) علق القربة : حبلها الذي تشد به . أي : تحملت لأجلك كل شيء حتى علق القربة .

(١٧) تقدم تخريجه ، في : ٩ / ٣٨٤ .

(١٨) أخرجه أبو داود ، في : باب الصداق ، من كتاب النكاح . سنن أبي داود ١ / ٤٨٥ . والنسائي ، في : باب القسط في الأصدقة ، من كتاب النكاح . المجتبى ٦ / ٩٦ .

كما أخرجه مسلم ، في : باب الصداق وجواز كونه تعليم قرآن ... ، من كتاب النكاح . صحيح مسلم ٢ / ١٠٤٢ . وابن ماجه ، في : باب صداق النساء ، من كتاب النكاح . سنن ابن ماجه ١ / ٦٠٧ .

(١٩) سقط من : م .

قَضِيبٌ[20] مِنْ أَرَاكٍ »[21] . ورواه الجُوزجانِيُّ . وبهذا قال مالكٌ ، والشافعيُّ . وقال أبو حنيفةَ : مَنافِعُ الحُرِّ لا تكونُ صَدَاقًا ؛ لأنَّها ليست مالًا ، وإنَّما قال اللهُ تعالى : ﴿ أَنْ تَبْتَغُواْ بِأَمْوَٰلِكُم ﴾ . ولَنا ، قولُ اللهِ تعالى : ﴿ إِنِّى أُرِيدُ أَنْ أُنْكِحَكَ إِحْدَى ٱبْنَتَىَّ هَـٰتَيْنِ عَلَى أَنْ تَأْجُرَنِى ثَمَانِىَ حِجَجٍ ﴾[22] . والحديثُ الذى ذَكَرْناه . ولأنَّها مَنْفعةٌ يجوزُ العِوَضُ عنها فى الإِجَارةِ ، فجازتْ صَدَاقًا ، كمَنْفَعةِ العَبْدِ . وقولُهم : ليستْ مالًا . مَمْنُوعٌ ؛ فإنَّها تجوزُ المُعاوَضةُ عنها وبها . ثم إن لم تَكُنْ مالًا ، فقد أُجْرِيَتْ مُجْرَى المالِ فى هذا ، فكذلك فى النكاحِ . وقد نقل مُهَنَّا ، عن أحمدَ : إذا تَزَوَّجَها على أن يَخْدُمَها سَنَةً أو أكثرَ ، كيف يكونُ هذا ؟ قيل له : فامْرأةٌ يكونُ[23] لها ضِيَاعٌ وأَرَضُونَ ، لا تَقْدِرُ على أن تَعْمُرَها ؟ قال : لا يَصْلُحُ هذا . قال أبو بكر : إن كانت الخِدْمةُ مَعْلُومةً جازَ ، وإن كانت مجهولةً لا تَنْضَبِطُ[24] فلها صَدَاقُ مِثْلِها . كأنَّه تَأَوَّلَ مسألةَ مُهَنَّا على أنَّ الخِدْمةَ مَجْهُولةٌ ، فلذلك لم يَصِحَّ . ونقل أبو طالبٍ ، عن أحمدَ : التَّزْويجُ على بِنَاءِ الدارِ ، وخِياطةِ الثَّوْبِ ، وعملِ / شيءٍ ، جائزٌ ؛ وذلك[25] لأنَّه معلومٌ يجوزُ أخْذُ العِوَضِ عنه ، فجاز أن يكونَ صَدَاقًا كالأعْيانِ . ولو تَزَوَّجَها على أن يَأْتِيَها بعَبْدِها الآبِقِ مِن مكانٍ مُعَيَّنٍ ، صَحَّ ؛ لأنَّه عملٌ معلومٌ يجوزُ أخْذُ الأُجْرَةِ[26] عنه . وإن أصْدَقَها الإِتْيانَ به أين كان ، لم يَصِحَّ ؛ لأنَّه مَجْهُولٌ .

7/105 ظ

فصل : ولو نَكَحَها على أن يَحُجَّ بها ، لم تَصِحَّ التَّسْمِيةُ . وبهذا قال الشافعيُّ . وقال النَّخَعِيُّ ، ومالكٌ ، والثَّورِيُّ ، والأَوْزاعِيُّ ، وأصحابُ الرَّأْىِ ، وأبو عُبَيْدٍ : يَصِحُّ . ولَنا ، أنَّ الْحُمْلانَ مَجْهُولٌ ، لا يُوقَفُ له على حَدٍّ ، فلم يَصِحَّ ، كما لو أصْدَقَها شيئًا .

---

(20) فى م : « قضيبا » .

(21) تقدم تخريجه فى صفحة 98 .

(22) سورة القصص 27 .

(23) سقط من : ا ، ب ، م .

(24) فى ا ، ب ، م : « تضبط » .

(25) سقط من : م .

(26) فى ب : « العوض » .

فعلى هذا لها مَهْرُ المِثْلِ ، وكذلك كلُّ مَوْضعٍ قُلْنا : لا تَصِحُّ التَّسْمِيةُ .

فصل : وإن أصْدَقَها خِيَاطةَ ثَوْبٍ بعَيْنِه ، فهَلَكَ الثوبُ ، لم تَفْسُدِ التَّسْمِيةُ ، ولم يَجبْ مَهْرُ المِثْلِ ؛ لأنَّ تَعَذُّرَ تَسْلِيمِ ما أصْدَقَها بعَيْنِه لا يُوجِبُ مَهْرَ المِثْلِ ، كما لو أصْدَقَها قَفِيزَ حِنْطةٍ فهَلَكَ قبلَ تَسْلِيمه ، ويَجبُ عليه أجْرُ مِثْلِ خِياطَتِه ؛ لأنَّ المَعْقُودَ على العَمَلِ فيه تَلَفٌ ، فوَجَبَ الرُّجوعُ إلى عِوَضِ العَمَلِ ، كما لو أصْدَقَها تَعْلِيمَ عَبْدِها صِناعةً فمات قبلَ التَّعْليمِ . وإن عَجزَ عن خِياطَتِه ، مع بَقاءِ الثوبِ ، لمَرَضٍ أو نحوِه ، فعليه أن يُقِيمَ مُقامَه مَنْ يَخِيطُه . وإن طَلَّقَها قبلَ خِياطَتِه قبلَ الدُّخُولِ ، فعليه خِياطَةُ نِصْفِه ، إن أمْكَنَ مَعْرِفَةُ نِصْفِه ، وإن لم يُمْكِنْ فعليه نِصْفُ أجْرِ خِيَاطَتِه ، إلَّا أن يَبْذُلَ خِياطةَ أكْثَرَ من نِصْفِه ، بحيث يُعْلَمُ أنَّه قد خاط النِّصْفَ يَقِينًا . وإن كان الطَّلاقُ بعد خِياطَتِه ، رَجَعَ عليه بنِصْفِ أُجْرِه .

فصل : وإن أصْدَقَها تعليمَ صِنَاعةٍ ، أو تَعْليمَ عَبْدِها صِناعةً ، صَحَّ ؛ لأنَّه مَنْفَعةٌ معلومةٌ ، يجوزُ بَذْلُ العِوَضِ عنها ، فجاز جَعْلُها صَداقًا ، كخِياطةِ ثَوْبها . وإن أصْدَقَها تَعْلِيمَه ، أو تعليمَها شِعْرًا مُباحًا مُعَيَّنًا ، أو فِقْهًا ، أو لغةً ، أو نَحْوًا ، أو غيرَ ذلك من العُلُومِ الشَّرْعيَّةِ التى يجوزُ أخْذُ الأُجْرةِ على تعليمِها ، جاز ، وصَحَّتِ التَّسْمِيَةُ ؛ لأنَّه يجوزُ أخذُ الأُجرةِ عليه ، فجاز صَداقًا ، كَمنافِعِ الدارِ .

فصل : فأمَّا تعليمُ القرآنِ ، فاخْتلَفتِ الرِّوايةُ عن أحمدَ فى جَعْلِه صَدَاقًا ؛ فقال فى مَوْضِعٍ : أكْرَهُه . وقال فى موضعٍ : لا بَأْسَ أن يتزوّجَ الرَّجُلُ[27] المرأةَ على أن يُعَلِّمَها سورةً من القرآنِ ، أو على نَعْلَيْنِ . وهذا مذهبُ الشافعىِّ . قال أبو بكرٍ : فى المسألةِ قولان . يعنى رِوايتَيْنِ . قال : واخْتِيارِى أنَّه لا يجوزُ . وهو مذهبُ مالكٍ ، واللَّيْثِ ، وأبى حنيفةَ / ، ومكحولٍ ، وإسْحاقَ . واحْتَجَّ مَنْ أجازَه بما رَوَى سَهْلُ بن سَعْدٍ السَّاعِدِىُّ ، ١٠٦/٧و

(٢٧) سقط من : ا ، ب ، م .

أنَّ رسولَ اللهِ ﷺ[٢٨] جاءته امرأةٌ ، فقالت : إنِّي وَهَبْتُ نَفْسِي لك . فقامت طَوِيلًا ، فقال رَجُلٌ : يا رسولَ الله ، زَوِّجْنِيها إن لم يكُنْ لك بها حاجةٌ . فقال : « هَلْ عِنْدَكَ مِنْ شَيْءٍ تُصْدِقُها ؟ » . فقال : ما عندى إلَّا إزارِى . فقال رسولُ الله ﷺ : « إزَارُكَ ، إنْ أعْطَيْتَها جَلَسْتَ وَلَا إزَارَ لَكَ ، فالْتَمِسْ شَيْئًا » . قال : لا أجِدُ . قال : « الْتَمِسْ ولو خَاتَمًا مِنْ حَدِيدٍ » . فالْتَمَسَ ، فلم يَجِدْ شيئًا ، فقال رسولُ الله ﷺ : « زَوَّجْتُكَهَا بِمَا مَعَكَ مِنَ الْقُرْآنِ » . مُتَّفَقٌ عليه[٢٩] . ولأنَّها مَنْفعةٌ معيَّنةٌ مُباحةٌ ، فجاز جَعْلُها صَدَاقًا ، كتعْليمِ قَصيدةٍ من الشِّعْرِ المُباحِ . وَوَجْه الرِّوايةِ الأُخرى ، أنَّ الفُرُوجَ لا تُسْتَباحُ إلَّا بالأَمْوالِ ، لقولِه تعالى : ﴿ أَنْ تَبْتَغُواْ بِأَمْوَٰلِكُمْ ﴾ . وقولِه تعالى : ﴿ وَمَنْ لَّمْ يَسْتَطِعْ مِنكُمْ طَوْلًا أَنْ يَنْكِحَ ٱلْمُحْصَنَـٰتِ ٱلْمُؤْمِنَـٰتِ ﴾[٣٠] . والطَّوْلُ : المالُ . وقد رُوِىَ أنَّ رسولَ الله ﷺ زَوَّجَ رَجُلًا على سُورَةٍ من القرآنِ ، ثم قال : « لَا تَكُونُ لِأَحَدٍ بَعْدَكَ مَهْرًا » . رواه النَّجَّادُ بإسْنادِه[٣١] . ولأنَّ تعليمَ القرآنِ لا يجوزُ أن يَقعَ إلَّا قُرْبةً لفاعِلِه ، فلم يَصِحَّ أن يكونَ صَدَاقًا ، كالصَّوْمِ والصلاةِ وتعْليمِ الإيمانِ . ولأنَّ التَّعْليمَ من المُعَلِّمِ والمُتَعَلِّمِ مُخْتَلِفٌ ، ولا يكاد يَنْضَبِطُ ، فأشْبَهَ الشيءَ المجهولَ . فأمَّا حديثُ المَوْهُوبةِ ، فقد قيل : معناه أنْكَحْتُكَها[٣٢] بما معك من القرآنِ ، أى زَوَّجْتُكَها لأنَّك من أهْلِ القرآنِ ، كما زَوَّجَ أبا طَلْحةَ على إسْلامِه ، فرَوَى ابنُ عبدِ البَرِّ ، بإسناده عن أنسٍ ، أن أبا طَلْحةَ أتَى أُمَّ سُلَيمٍ يَخْطُبُها قبلَ أن يُسْلِمَ ، فقالت : أتَزَوَّجُ بك وأنت تَعْبُدُ خَشَبَةً نَحَتَها عبدُ بنى فلانٍ ! إن أسْلَمْتَ تَزَوَّجْتُ بك . قال : فأسْلَمَ أبو طَلْحةَ ، فتزَوَّجَها على إسْلامِه[٣٣] . وليس فى الحديثِ الصحيحِ ذِكْرُ التَّعْلِيمِ . ويَحْتَمِلُ أن يكونَ خاصًّا لذلك الرَّجُلِ ؛ بدليلِ ما رواه النَّجَّادُ . ولا تَفْريعَ

---

(٢٨) فى ا ، م زيادة : « أنه » .

(٢٩) تقدم تخريجه فى : ٨ / ١٣٧ .

(٣٠) سورة النساء ٢٥ .

(٣١) وأخرجه سعيد بن منصور ، فى : باب تزويج الجارية الصغيرة . السنن ١ / ١٧٦ .

(٣٢) فى م : « أنكحتها » .

(٣٣) وأخرجه عبد الرزاق ، فى : باب غلاء الصداق ، من كتاب النكاح . المصنف ٦ / ١٧٩ .

على هذه الرِّوايةِ ، فأما على الأُخْرَى فلا بُدَّ من تَعْيِينِ ما يُعَلِّمُها إيَّاه ؛ إمَّا سُورةً مُعَيَّنةً ، أو سُوَرًا ، أو آياتٍ بعَيْنِها ؛ لأنَّ السُّوَرَ تختلفُ ، وكذلك الآياتُ . وهل تحتاجُ إلى تَعْيينِ قِراءةِ مَنْ[34] ؟ فيه وجهان ؛ أحدُهما ، يحتاجُ إلى ذلك ؛ لأنَّ الأغْراضَ تختلفُ ، والقراءاتُ تختلفُ ، فمنها صَعْبٌ كقراءةِ حَمْزَةَ ، وسَهْلٌ ، فأشْبه تَعْيِينَ الآياتِ . والثانى ، لا يَفْتَقِرُ / إلى التَّعْيِينِ ؛ لأنَّ هذا اختلافٌ يَسِيرٌ ، وكلُّ حَرْفٍ يَنُوبُ منابَ صاحِبِه ، ويقومُ مَقامَه ، ولذلك لم يُعَيِّنِ النَّبِىُّ ﷺ للمرأةِ قِراءةً ، وقد كانوا يخْتلِفُون فى القِرَاءةِ أشَدَّ من اخْتلافِ القُرَّاءِ اليومَ ، فأشْبَه ما لو أصْدَقَها قَفِيزًا من صُبْرَةٍ . وللشافعىِّ فى هذا وَجْهان ، كهٰذَيْن . ١٠٦/٧ظ

فصل : فإن أصْدَقَها تعليمَ سُورةٍ لا يُحْسِنُها ؛ نَظَرْتَ ، فإن قال : أُحَصِّلُ لكِ تعليمَ هذه السُّورةِ . صَحَّ ؛ لأنَّ هذه مَنْفَعةٌ فى ذِمَّتِه لا تَخْتَصُّ به ، فجاز أن يَسْتَأْجِرَ عليها مَنْ[35] يُحْسِنُها ، كالخِياطةِ إذا اسْتَأْجَرَ مَن يُحَصِّلُها له . وإن قال : علَىَّ أن أُعَلِّمَكِ . فذكَرَ القاضى فى « الجامع » ، أنَّه لا يَصِحُّ ؛ لأنَّه تَعَيَّنَ بِفِعْلِه ، وهو لا يَقْدِرُ عليه ، فأشْبَهَ ما لو اسْتَأْجَرَ مَنْ لا يُحْسِنُ الخِياطةَ ليَخِيطَ له . وذكر فى « المُجَرَّدِ » أنَّه يَحْتَمِلُ الصِّحَّةَ ؛ لأنَّ هذه تكونُ فى ذِمَّتِه ، فأشْبَهَ ما لو أصْدَقَها مالًا فى ذِمَّتِه لا يَقْدِرُ عليه فى الحالِ .

فصل : فإن جاءَتْه بغيرِها ، فقالت : عَلِّمْه السُّورةَ التى تُرِيدُ تَعْلِيمِى[36] إيَّاها . لم يَلْزَمْه ؛ لأنَّ المُسْتَحَقَّ عليه العَمَلُ فى عَيْنٍ ، فلم يَلْزَمْه إيقاعُه فى غيرِه ، كما لو اسْتَأْجَرَتْه لخِياطةِ ثَوْبٍ[37] ، فأتَتْه بغيرِه ، فقالت : خِطْ هذا . ولأنَّ المُتَعَلِّمِينَ يخْتَلِفُون فى التَّعَلُّمِ[38] اختلافًا كثيرًا . ولأنَّ له غَرَضًا فى تَعْلِيمِها ، فلا يُجْبَرُ على تَعْلِيمِ غيرِها . وإن أتاها بغَيْرِه يُعَلِّمُها ، لم يَلْزَمْها قَبُولُ ذلك ؛ لأنَّ المُعَلِّمِينَ يخْتلِفُون فى التَّعْليمِ ، ولأنَّ

---

(٣٤) فى م : « مرتبة » .
(٣٥) فى النسخ زيادة : « لا » . وانظر . الإنصاف ٨ / ٢٣٢ .
(٣٦) فى الأصل : « تعلمنى » .
(٣٧) فى ا ، م : « ثوبها » .
(٣٨) فى ا ، ب ، م : « التعليم » .

لها غَرَضًا فى التَّعَلُّمِ[٣٩] منه ، لكَوْنِه زَوْجَها تَحِلُّ له ويَحِلُّ لها ، ولأنَّه لما لم[٤٠] يَلْزَمْه تَعْلِيمُ غيرِها ، لم يَلْزَمْها التَّعَلُّمُ[٤١] من غيرِه ، قِياسًا لأحَدِهما على الآخَرِ .

فصل : فإن تَعَلَّمَتْها من غيرِه ، أو تَعَذَّرَ عليه تَعْلِيمُها ، فعليه أجْرُ تَعْليمِها . فإن اخْتلَفا ، فقال عَلَّمْتُكِها[٤٢] . فأنْكَرَتْ ، فالقولُ قولُها ؛ لأنَّ الأصْلَ عدمُ تَعْليمِها . وفيه وجهٌ آخَرُ ، أنَّهما إن اخْتلَفا بعد أن تَعَلَّمَتْها ، فالقولُ قولُه ؛ لأنَّ الظَّاهِرَ معه ، وإن عَلَّمَها السُّورةَ ثم أُنْسِيَتْهَا ، فلا شيءَ عليه ؛ لأنَّه قد وَفَى لها بما شَرَطَ ، وإنَّما تَلِفَ الصَّداقُ بعدَ القَبْضِ . وإن لَقَّنَها الجَمِيعَ ، وكُلَّما لَقَّنَها آيةً أُنْسِيَتْها ، لم يعْتَدَّ بذلك تَعْلِيمًا ؛ لأنَّ ذلك لا يُعَدُّ تَعْلِيمًا ، ولو جاز ذلك لأفْضَى إلى أنَّه متى قَرَأَها فقَرَأَتْها بلِسانِها من غير حِفْظٍ كان تَلْقِينًا . ويَحْتَمِلُ أن يكونَ ذلك تَلْقِينًا ؛ لأنَّه قد لَقَّنَها الآيةَ وحَفِظَتْها ، فأمَّا ما دونَ الآيةِ ، فليس بتَلْقِينٍ ، وَجْهًا واحدًا .

١٠٧/٧و **فصل** : فإن طَلَّقَها قبلَ الدُّخولِ بعدَ تَعْلِيمِها السُّورةَ ، رَجَعَ عليها[٤٣] / بنِصْفِ أَجْرِ تَعْلِيمِها ؛ لأنَّ الطَّلَاقَ قبلَ الدُّخولِ يُوجِبُ الرُّجوعَ بنِصْفِ الصَّداقِ . وإن لم يكُنْ عَلَّمَها ، ففيه وَجْهان ؛ أحدُهما ، عليه نِصْفُ أجْرِ تَعْلِيمِها ؛ لأنَّها قد صارت أَجْنَبِيَّةً ، فلا يُؤْمَنُ فى تَعْلِيمِها الفِتْنةُ . والثانى ، يُباحُ له تَعْلِيمُها من وَراءِ حِجابٍ من غيرِ خَلْوَةٍ بها ، كما يجوزُ له سماعُ كَلَامِها فى المُعاملاتِ . وإن كان الطَّلاقُ بعدَ الدُّخولِ ، ففى تَعْليمِها السورةَ الوَجْهان . وإن أصْدَقَها رَدَّ عَبْدِها من مكانٍ مُعَيَّنٍ ، فطَلَّقَها قبلَ الدُّخولِ وقبلَ الرَّدِّ ، فعليه نِصْفُ أجْرِ الرَّدِّ ؛ لأنَّه لا يُمْكِنُه نِصفُ الرَّدِّ ، وإن طَلَّقَها بعدَ الرَّدِّ ، رَجَعَ عليها بنِصْفِ أجْرِه .

---

(٣٩) فى ا ، م : « التعليم » .

(٤٠) سقط من : م .

(٤١) فى ب ، م : « التعليم » .

(٤٢) فى م : « علمتكيها » .

(٤٣) فى الأصل : « إليه » .

فصل : ولو أصْدَقَ الكِتَابِيَّةَ تعليمَ سُورةٍ من القُرْآنِ ، لم يَجُزْ ، ولها مَهْرُ المِثْلِ . وقال الشافعيُّ : يَصِحُّ ؛ لقولِ اللهِ تعالى : ﴿ حَتَّى يَسْمَعَ كَلَامَ ٱللَّهِ ﴾[44] . ولَنا ، أنَّ الجُنُبَ يُمْنَعُ قِرَاءةَ القُرآنِ مع إيمانِه واعْتِقادِه أنَّه حَقٌّ ، فالكافِرُ أَوْلَى ، وقد قال النَّبىُّ ﷺ : « لَا تُسافِرُوا بالْقُرْآن إِلَى أرْضِ العَدُوِّ ، مَخافَةَ أنْ تَنالَهُ أَيْدِيهِمْ »[45] . فالتَّحَفُّظُ[46] أَوْلَى أن يُمْنَعَ منه ، فأمَّا الآيةُ التى احْتَجُّوا بها ، فلا حُجَّةَ لهم فيها ؛ فإنَّ السَّماعَ غيرُ الحِفْظِ . وإن أصْدَقَها ، أو أصْدَقَ المُسْلِمةَ تعليمَ شىءٍ من التَّوْراةِ والإنْجِيلِ ، لم يَصِحَّ فى المَذْهَبَيْنِ ؛ لأنَّه مُبْدَلٌ مُغَيَّرٌ . ولو أصْدَقَ الكِتَابِىُّ الكتابِيَّةَ شيئا من ذلك ، كان كما لو أصْدَقَها مُحَرَّمًا .

الفصل الثانى : أنَّ الصداقَ ما اتَّفَقُوا عليه ، ورَضُوا به ؛ لقَوْلِ الله تعالى : ﴿ وَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِيمَا تَرَٰضَيْتُم بِهِۦ مِنۢ بَعْدِ ٱلْفَرِيضَةِ ﴾[47] . وقال النَّبِىُّ ﷺ : « العَلائِقُ ما تَرَاضَى عَلَيْهِ الأَهْلُونَ » . ولأنَّه عَقْدُ مُعاوَضةٍ ، فيُعْتَبرُ رِضَى المُتعاقِدَيْنِ ، كسائرِ عُقُودِ المُعاوَضاتِ . فإن كان الوَلِىُّ الأبَ ، فمهما اتَّفَقَ هو والزَّوْجُ[48] عليه ، جاز أن يكونَ صَدَاقًا ، قليلًا كان أو كثيرًا ، بِكْرًا كانت أو ثَيِّبًا ، صغيرةً كانت أو كبيرةً ، على ما أسْلَفْناه [49] فيما مَضَى [49] ، ولذلك زَوَّجَ شعيبٌ عليه السلامُ ، مُوسَى عليه السلام ، ابْنَته ، وجَعَلَا الصداقَ إجارةَ ثَمَانِىَ حِجَجٍ ، من غيرِ مُرَاجعةِ الزَّوْجةِ . وإن كان الوَلِىُّ غيرَ الأبِ اعْتُبِرَ رِضَى المرأةِ والزَّوْجِ جميعًا[50] ؛ لأنَّ الصَّداقَ لها ، وهو عِوَضُ مَنْفَعَتِها ، فأشْبَهَ أجْرَ دارِها وصداقَ أمَتِها . فإن لم يَسْتَأْذِنْها الوَلِىُّ فى الصَّداقِ ، فحُكْمُه حكمُ

---

(44) سورة التوبة 6 .
(45) تقدم تخريجه فى : 1 / 204 .
(46) فى م : « فالتحفيظ » .
(47) سورة النساء 24 .
(48) سقطت الواو من : م .
(49 – 49) سقط من : الأصل .
(50) سقط من : ا ، ب ، م .

١٠٧/٧ظ الوَكيلِ المُطْلَقِ فى البَيْعِ[٥١] ، / إن جُعِلَ الصداقُ مَهْرَ المِثْلِ فما زاد صَحَّ ولَزِمَ ، وإن نَقَصَ عنه فلها مَهْرُ المِثْلِ .

الفصل الثالث : أنَّ الصداقَ لا يكونُ إلَّا مالًا ؛ لقَوْلِ اللهِ تعالى : ﴿ أَنْ تَبْتَغُواْ بِأَمْوَٰلِكُمْ ﴾ . ويُشْتَرَطُ أن يكونَ له نِصفٌ يُتَمَوَّلُ عادةً ، بحيثُ إذا طَلَّقَها قبلَ الدُّخولِ بَقِىَ لها من النِّصْفِ مالٌ حَلَالٌ . وهذا معنى قولِ الخِرَقِىِّ : « له نِصْفٌ يُحَصَّلُ » . وما لا يجوزُ أن يكونَ ثَمَنًا فى البَيْعِ ، كالمُحَرَّمِ ، والمَعْدُومِ ، والمَجْهولِ ، وما لا مَنْفعةَ فيه ، وما لا يَتِمُّ مِلْكُه عليه كالمَبيعِ[٥٢]من المَكِيلِ[٥٢] والمَوْزُونِ قبلَ قَبْضِه ، وما لا يُقْدَرُ على تَسْلِيمِه ، كالطَّيْرِ فى الهواءِ ، والسَّمَكِ فى الماءِ ، وما لا يُتَمَوَّلُ[٥٣] عادة ، كحَبَّةِ حِنْطةٍ ، وقِشْرَةِ جَوْزَةٍ ، لا يجوزُ أن يكونَ صَدَاقًا ؛ لأنَّه نَقْلٌ للمِلْكِ فيه بعِوَضٍ ، فلم يَجُزْ فيه ما ذكَرْناه كالمَبيعِ . ويُعْتَبَرُ أن يكونَ نِصفُه ممَّا يُتَمَوَّلُ عادةً ، ويُبْذَلُ العِوَضُ فى مِثْلِه عُرْفًا ؛ لأنَّ الطَّلاقَ يَعْرِضُ فيه قبلَ الدُّخولِ ، فلا يَبْقَى للمرأةِ إلَّا نِصْفُه ، فيجبُ أن يَبْقَى[٥٤] لها مالٌ تَنْتَفِعُ به . ويُعْتَبَرُ نِصْفُ القِيمةِ ، لا نِصْفُ عَيْنِ الصَّداقِ ؛ فإنَّه لو أصْدَقَها عبدًا جاز ، وإن لم تُمْكِنْ قِسْمَتُه .

١١٩٨ – مسألة ؛ قال : (وَإذَا أصْدَقَها عَبْدًا بِعَيْنِه ، فوَجَدَتْ بِهِ عَيْبًا ، فرَدَّتْهُ ، فلَهَا عَلَيْهِ قِيمَتُهُ)

وجملةُ ذلك أنَّ الصَّداقَ إذا كان مُعَيَّنًا ، فوَجَدَتْ به عَيْبًا ، فلها رَدُّه ، كالمَبيعِ المَعِيبِ ، ولا نعلمُ فى هذا خلافًا إذا كان العَيْبُ كثيرًا . فإن كان يَسِيرًا ، فحُكِىَ عن أبى حنيفةَ ، أنَّه لا يُرَدُّ به . ولَنا ، أنَّه عَيْبٌ يُرَدُّ به المَبيعُ ، فرُدَّ به الصَّداقُ ، كالكثيرِ ، وإذا رَدَّتْهُ ، فلَها قِيمَتُه ؛ لأنَّ العَقْدَ لا يَنْفسِخُ برَدِّه ، فيَبْقَى سَبَبُ اسْتِحقاقِه ، فيجبُ عليه

---

(٥١) فى الأصل : « المبيع » .
(٥٢–٥٢) فى الأصل : « كالمكيل » .
(٥٣) فى م : « يتعول » .
(٥٤) فى م : « يكون » .

قِيمَتُه ، كما لو غَصَبَها إيَّاه فأتْلَفَه ، وإن كان الصَّداقُ مِثْليًّا ، كالمَكِيلِ والمَوْزونِ ، فرَدَّتْه ، فلها عليه مِثْلُه ؛ لأنَّه أقْرَبُ إليه . وإن اخْتارتْ إمْساكَ المَعِيبِ ، وأخْذَ أرْشِه ، فلها ذلك ، فى قِياسِ المذهبِ . وإن حَدَثَ به عيبٌ عِندَها ، ثم وَجدَتْ به عَيْبًا خُيِّرَتْ[1] بين أخْذِ أرْشِه ، وبين رَدِّه ورَدِّ أرْشِ عَيْبِه ؛ لأنَّه عِوَضٌ فى عَقْدِ مُعاوَضةٍ ، فيَثْبُتُ[2] فيه ذلك ، كالبَيْعِ ، وسائرِ فُرُوعِ الرَّدِّ بالعَيْبِ ، فيَثْبُتُ فيها هٰهُنا مثلُ ما يثبتُ فى البَيْعِ ؛ لما ذكَرْنا .

فصل : وإن شَرَطَتْ فى الصَّداقِ صِفَةً مَقْصُودةً ، كالكِتابةِ والصِّناعةِ ، فبانَ بخِلافِها ، فلها الرَّدُّ ، كما تَرُدُّ به فى البَيْعِ . وهكذا إن دَلَّسَه تَدْليسًا يُرَدُّ به المَبِيعُ ، مثل تَحْمِيرِ وَجْهِ الجارِيةِ ، وتَسْوِيدِ / شَعْرِها وتَجْعِيدِه ، وتَضْمِيرِ الماءِ على الحَجَرِ ، وأشْباهِ ذلك ، فلها الرَّدُّ به . وإن وَجدَتِ الشَّاةَ مُصَرَّاةً ، فلها رَدُّها ورَدُّ صاعٍ من تَمْرٍ ، قياسًا على البَيْعِ . وقد نَقَلَ مُهَنَّا ، عن أحمدَ ، فى مَن تزَوَّجَ امرأةً على ألفِ ذِراعٍ ، فإذا هى تِسْعُمائةٍ : هى بالخِيَارِ ، إن شاءتْ أخَذَتِ[3] الدَّارَ ، وإن شاءتْ أخذتْ[3] قِيمةَ ألْفِ ذِرَاعٍ ، والنكاحُ جائزٌ . وهذا فيما إذا أصْدَقَها دارًا بعَيْنِها على أنَّها ألْفُ ذِراعٍ ، فخَرَجَتْ تِسْعَمائة ، فهذا كالعَيْبِ فى ثُبُوتِ الرَّدِّ ؛ لأنَّه شَرَطَ شَرْطًا مَقْصُودًا ، فبَان بخِلافِه ، فأشْبَهَ ما لو شَرَطَ العَبْدَ كاتِبًا ، فبانَ بخِلافِه . وجَوَّزَ أحمدُ الإمْساكَ ؛ لأنَّ المرأةَ رَضِيَتْ بها ناقِصةً ، ولم يَجْعَلْ لها مع الإمْساكِ أرْشًا ؛ لأنَّ ذلك ليس بعَيْبٍ . ويَحْتَمِلُ أنَّ لها الرُّجُوعَ بقِيمةِ نَقْصِها ، أو رَدَّها وأخْذَ قِيمَتِها .

٧/١٠٨و

١١٩٩ ــ مسألة ؛ قال : (**وكَذٰلِكَ إذَا تَزَوَّجَهَا عَلَى عَبْدٍ [1]فَخَرَجَ حُرًّا ، أو اسْتُحِقَّ ، سَوَاءٌ سَلَّمَهُ إلَيْهَا أوْ لَمْ يُسَلِّمْهُ**)

وجملةُ ذلك أنَّه إذا تَزَوَّجَها على عَبْدٍ[1] بعَيْنِه ، تَظُنُّه عَبْدًا مَمْلُوكًا له[2] ، فخَرَجَ حُرًّا ،

(١) فى م : « فخيرت » .
(٢) فى ب : « فثبت » .
(٣-٣) سقط من : ب .
(١-١) سقط من : الأصل . نقل نظر .
(٢) سقط من : الأصل ، ا ، م .

أو مَغْصُوبًا ، فلها قِيمَتُه . وبهذا قال أبو يوسفَ ، والشافعىُّ فى قَدِيمِ قَوْلَيْه . وقال فى الجَدِيدِ : لها مَهْرُ المِثْلِ . وقال أبو حنيفةَ ومحمدٌ فى المَغْصُوبِ كقولِنا ، وفى الحُرِّ كقَوْلِه ؛ لأنَّ العَقْدَ تَعَلَّقَ بعَيْنِ الحُرِّ بإشَارَتِه إليه ، فأشْبَهَ ما لو عَلِمَاه حُرًّا . ولَنا ، أنَّ العَقْدَ وَقَعَ على التَّسْمِيَةِ ، فكانت لها قِيمَتُه ، كالمَغْصُوبِ ، ولأنَّها رَضِيَتْ بقِيمَتِه ، إذْ ظَنَّتْه مَمْلُوكًا ، فكان لها قِيمَتُه ، كما لو وَجَدَتْه مَعِيبًا فرَدَّتْه ، بخلافِ ما إذا قال : أصْدَقْتُكِ هذا الحُرَّ ، أو هذا المغصوبَ . فإنَّها رَضِيَتْ بلا شىءٍ ، لرِضَاها بما تَعْلَمُ أنَّه ليس بمالٍ ، أو بما لا يَقْدِرُ على تَمْلِيكِه إيَّاها ، فكان وُجُودُ التَّسْمِيةِ كعَدَمِها ، فكان لها مَهْرُ المِثْلِ . وقولُ الخِرَقِىِّ : « سواءٌ سَلَّمه إليها أو لم يُسَلِّمْه » . يعنى أنَّ تَسْلِيمَه لا يُفِيدُ شيئًا ؛ لأنَّه سَلَّمَ ما لا يجوزُ تَسْلِيمُه ، ولا تَثْبُتُ اليَدُ عليه ، فكان وُجودُه كعَدَمِه .

فصل : فإن أصْدَقَها مِثْلِيًّا ، فبان مَغْصُوبًا ، فلها مِثْلُه ؛ لأنَّ المِثْلَ أقْرَبُ إليه ، ولهذا يُضْمَنُ به فى الإتْلافِ . وإن أصْدَقَها جَرَّةَ خَلٍّ ، فخَرَجَتْ خَمْرًا أو مغصوبةً ، فلها مِثْلُ ذلك خَلًّا ؛ لأنَّ الخَلَّ من ذواتِ الأمْثالِ . وهذا مذهبُ أبى حنيفةَ ، وبعضِ أصحابِ الشافعىِّ . وقال القاضى : لها قِيمَتُه ؛ لأنَّ الخَمْرَ ليس بمالٍ ، ولا من ذواتِ الأمْثالِ . ١٠٨/٧ ظ والصحيحُ ما قُلْناه ؛ لأنَّه سَمَّاه خَلًّا ، فرَضِيَتْ / به على ذلك ، فكان لها بَدَلُ المُسَمَّى كالحُرِّ ، وما ذكَره يَبْطُلُ بما إذا[3] أصْدَقها عبدًا فبان حُرًّا ، ولأنَّه إن أوْجَبَ قِيمَةَ الخَمْرِ ، فالخمرُ لا قِيمةَ له ، وإن أوْجَبَ قيمةَ الخَلِّ ، فقد اعْتَبَرَ التَّسْمِيةَ فى إيجابِ قِيمَتِه ، ففى إيجابِ مِثْلِه أوْلَى .

فصل : وإن قال : أصْدَقْتُكِ هذا الخمرَ . وأشارَ إلى الخَلِّ . أو عَبْدَ فلان هذا . وأشار إلى عبدِه . صَحَّتِ التَّسْمِيَةُ ، ولها المُشارُ إليه ؛ لأنَّ المَعْقودَ عليه يَصِحُّ العَقْدُ عليه ، فلا يَخْتَلِفُ حُكْمُه باخْتِلافِ صِفَتِه ، كما لو قال : بِعْتُكِ هذا الأسودَ . وأشارَ إلى أبْيَضَ . أو هذا الطويلَ . وأشار إلى قَصِيرٍ .

---

(٣) سقط من : ب .

فصل : وإن تزوَّجها على عَبْدَيْنِ ، فخرَج أحَدُهما حُرًّا أو مغصوبًا ، صَحَّ الصَّداقُ فى مِلْكِه[٤] ، ولها قيمةُ الآخرِ . نَصَّ عليه أحمدُ . وإن كان عبدًا واحدًا ، فخَرَجَ نِصْفُه حُرًّا أو مغصوبًا ، فلها الخِيارُ بين رَدِّه وأخْذِ قِيمَتِه ، وبين إمْساكِ نِصْفِه وأخْذِ قِيمَةِ باقِيه . نَصَّ عليه أحمدُ ، لأنَّ الشَّرِكَةَ عَيْبٌ ، فكان لها الفَسْخُ ، كما لو وَجَدَتْه مَعِيبًا . فإن قيل : فلم لا تَقُولُون بِبُطْلانِ التَّسْمِيَةِ فى الجميعِ ، وتَرْجِعُ بالقيمةِ كلِّها فى المسألتين ، كما فى تَفْرِيقِ الصَّفْقةِ ؟ (٥قُلْنا : لأنَّ[٦] القيمةَ بَدَلٌ ، إنَّما يُصارُ إليها عند العَجْزِ عن الأصْلِ ، وهٰهُنا العبدُ المَمْلُوكُ مَقْدُورٌ عليه ، ولا عَيْبَ فيه ، وهو مُسَمًّى فى العَقْدِ ، فلا يجوزُ الرُّجوعُ إلى بَدَلِه ، أمَّا تفريقُ الصَّفْقَةِ٥) ، فإنَّه إذا بَطَلَ العَقْدُ فى الجميعِ ، صِرْنا إلى الثَّمَنِ ، وليس هو بَدَلًا عن المَبِيعِ ، وإنَّما انْفَسَخَ العقدُ ، فرجعَ فى رأسِ مالِه ، وهٰهُنا لا يَنْفَسِخُ العقدُ ، وإنَّما رجَع إلى قِيمَةِ الحُرِّ منهما ؛ لتَعَذُّرِ تَسْلِيمِه ، (٧والعبدُ مَقْدُورٌ على تسْلِيمِه٧) ، فلا وَجْهَ لإيجابِ قِيمَتِه . وأمَّا إذا كان نِصْفُه حُرًّا ، ففيه عَيْبٌ ، فجازَ رَدُّه بعَيْبِه . وقال أبو حنيفةَ : إذا أصْدَقَها عَبْدَيْنِ ، فإذا أحَدُهما حُرٌّ ، فلها العبدُ وحدَه صَدَاقًا ، ولا شىءَ لها سِواهُ . ولَنا ، أنَّه أصْدَقَها حُرًّا ، فلم تَسْقُطْ تَسْمِيَتُه إلى غيرِ شىءٍ ، كما لو كان مُنْفَرِدًا .

١٢٠٠ - مسألة ؛ قال : (وإذَا تَزَوَّجها عَلَى أنْ يَشْتَرِىَ لَهَا عَبْدًا بِعَيْنِه ، فَلَمْ يُبَعْ ، أو طُلِبَ بِه[١] أكْثَرُ مِنْ قِيمَتِه ، أو لَمْ يَقْدِرْ عَلَيْه ، فَلَهَا قِيمَتُهُ)

نَصَّ أحمدُ على هذا ، فى رِوايةِ الأثْرَمِ . وقال الشافعىُّ : لا تَصِحُّ التَّسْمِيَةُ ، ولها مَهْرُ المِثْلِ ؛ لأنَّه جَعَلَ مِلْكَ غيرِه عِوَضًا ، فلم يَصِحَّ ، كالبَيْعِ . ولَنا ، أنَّه أصْدَقَها / تَحْصِيلَ ١٠٩/٧و

---

(٤) فى ب ، م : « تملكه » .

(٥ - ٥) سقط من : ب . نقل نظر .

(٦) فى م : « إن » .

(٧ - ٧) سقط من : ا ، ب ، م .

(١) فى ا ، ب ، م : « فيه » .

عَبْدٍ مُعَيَّنٍ ، فصَحَّ ، كما لو تزوَّجها على رَدِّ عَبْدِها الآبِقِ من مكانٍ معلومٍ ، ولا نُسَلِّمُ أنَّه جَعَلَ مِلْكَ غيرِه عِوَضًا ، وإنَّما العِوَضُ تَحْصِيلُه وتَمْلِيكُها إيَّاه . إذا ثَبَتَ هذا ، فإنَّه إذا قَدَرَ عليه بثَمَنِ مِثْلِه ، لَزِمَه تَحْصِيلُه ودَفْعُه إليها ، وإن جاءَها بقِيمَتِه ، لم يَلْزَمْها قَبُولُها[٢] ؛ لأنَّه قَدَرَ على دَفْعِ صَدَاقِها إليها ، فلَزِمَه ، كما لو أصْدَقها عَبْدًا يَمْلِكُه . وإن لم يَبِعْه سَيِّدُه ، أو تَعَذَّرَ عليه الوصولُ إليه ؛ لتَلَفِه أو غيرِ ذلك ، أو طُلِبَ به[٣] أكْثَرُ من قِيمَتِه ، فلها قِيمَتُه ؛ لأنَّه تَعَذَّرَ الوُصولُ إلى قَبْضِ المُسَمَّى المُتَقَوِّمِ ، فوَجَبَتْ قِيمَتُه ، كما لو تَلِفَ . وإن كان الذى جعَلَ[٤] لها مِثْلِيًّا ، فتعذَّرَ شِراؤُه ، وَجَبَ لها مثلُه ؛ لأنَّ المِثْلَ أقْرَبُ إليه .

فصل : وإن تزوَّجها على عبدٍ مَوْصوفٍ فى الذِّمّةِ ، صَحَّ ؛ لأنَّه يَصِحُّ أن يكونَ عِوَضًا فى البَيْعِ . فإن جاءَها بقِيمَتِه ، لم يَلْزَمْها قَبُولُها . وبهذا قال الشافعيُّ . واخْتارَه أبو الخَطَّابِ . وقال[٤] القاضى : يَلْزَمُها قبولُها ، قِياسًا على الإبِلِ فى الدِّيَةِ . ولَنا ، أنَّها اسْتَحَقَّتْ عليه عَبْدًا بعَقْدِ مُعاوَضَةٍ ، فلم يَلْزَمْها أخذُ قِيمَتِه ، كالمُسْلَمِ فيه ، ولأنَّه عبدٌ وَجَبَ صَدَاقًا فأشْبَهَ ما لو كان مَعِيبًا ، وأمَّا الدِّيَةُ فلا يَلْزَمُ أخْذُ قِيمَةِ الإبلِ ، وإنَّما الأثْمانُ أصْلٌ فى الدِّيَةِ ، كما أنَّ الإبلَ أصلٌ ، فيتخَيَّرُ بين دَفْعِ أىِّ الأُصولِ شاءَ ، فيَلْزَمُ الوَلِىَّ قَبُولُه لها[٥] على طريقِ القِيمَةِ ، بخلافِ مَسْألتِنا ، ولأنَّ الدِّيَةَ خارِجةٌ عن القِياسِ ، فلا يُناقَضُ بها ، ولا يُقاسُ عليها ، ثم قِياسُ العِوَضِ على سائرِ الأعْواضِ أوْلَى من قِياسِه على غيرِ عُقُودِ المُعاوَضاتِ ، ثم يَنْتَقِضُ بالعَبْدِ المُعَيَّنِ .

فصل : وإن تزوَّجها على أن يُعْتِقَ أباها ، صَحَّ ، نَصَّ عليه أحمدُ . فإن طُلِبَ به أكْثَرُ من قِيمَتِه ، أو لم يَقْدِرْ عليه ، فلها قِيمَتُه . وهذا قولُ الشَّعْبِىِّ . ووَجْهُه ما تَقَدَّمَ . فإن

---

(٢) فى م : « قبوله » .

(٣) فى ب ، م : « فيه » .

(٤) سقط من : ب .

(٥) فى ا ، ب ، م : « لا » .

جاءها بِقيمَته مع إمكانِ شِرائِه ، لم يَلْزَمْها قَبُولُها ؛ لما ذَكَرْنا ، ولأنَّه يُفوِّتُ عليها العِوَضَ فى عِتْقِ أبيها .

فصل : ولا يَصِحُّ الصَّداقُ إلَّا مَعْلُومًا يَصِحُّ بمِثْلِه البَيْعُ . وهذا اخْتِيارُ أبى بكرٍ ، ومذهبُ الشافعىِّ . وقال القاضى : يَصِحُّ مَجْهُولًا ، ما لم تَزِدْ جَهالَتُه على مَهْرِ المِثْلِ ؛ لأنَّ جعفرَ بن محمدٍ نَقَلَ عن أحمدَ ، فى رَجُلٍ تَزَوَّجَ امْرأةً على ألْفِ دِرْهَمٍ وخادِمٍ ، فطَلَّقها قبلَ أن يَدْخُلَ بها : يُقَوَّمُ الخادِمُ / وَسَطًا على قَدْرِ ما يَخْدُمُ مِثْلَها . ونحوُ هذا قولُ أبى حنيفةَ . فعلى هذا إذا تَزَوَّجَها على عَبْدٍ ، أو أمَةٍ ، أو فَرَسٍ ، أو بَغْلٍ ، أو حيوانٍ من جِنْسٍ مَعْلومٍ ، أو ثَوْبٍ هَرَوِىٍّ أو مَرَوِىٍّ[6] ، وما أشْبَهَهُ ممَّا يُذْكَرُ جِنْسُه ، فإنَّه يَصِحُّ ، ولها الوَسَطُ . وكذلك قَفِيزُ حِنْطةٍ ، وعشرةُ أرْطالِ زَيْتٍ . وإن كانت الْجَهالَةُ تَزِيدُ على جَهالَةِ مَهْرِ المِثْلِ ، كثَوْبٍ أو دابَّةٍ أو حيوانٍ ، أو على حُكْمِها أو حُكْمِه أو حُكْمِ أجْنَبِىٍّ ، أو على حِنْطةٍ أو شعيرٍ أو زيتٍ ، أو على ما اكْتَسَبه فى العامِ ، لم يَصِحَّ ؛ لأنَّه لا سَبِيلَ إلى مَعْرفةِ الوَسَطِ ، فيَتَعَذَّرُ تَسْليمُه . وفى الأوَّلِ يَصِحُّ ؛ لقولِ النَّبىِّ ﷺ : « الْعَلائِقُ مَا تَراضَى عَلَيْهِ الأَهْلُونَ »[7] . وهذا قد تَراضَوْا عليه ، ولأنَّه موضعٌ يَثْبُتُ فيه الحيوانُ فى الذِّمّةِ بَدَلًا عمَّا ليس المَقْصُودُ فيه المالَ ، فثَبَتَ مُطْلَقًا كالدِّيَةِ ، ولأنَّ جَهالةَ التَّسْمِيَةِ هٰهُنا أقَلُّ من جَهالةِ مَهْرِ المِثْلِ ، لأنَّه يُعْتَبَرُ بنِسائِها ممَّن يُساوِيها فى صِفاتِها وبَلَدِها وزَمانِها ونَسَبِها ، ثم لو تَزَوَّجَها على مَهْرِ مِثْلِها صَحَّ ، فهٰهُنا مع قِلَّةِ الجَهْلِ فيه أوْلَى ، ويفارِقُ البيعَ ؛ فإنَّه لا يَحْتَمِلُ فيه الجهالةَ بحالٍ . وقال مالكٌ : يَصِحُّ مجهولًا ؛ لأنَّ ذلك ليس بأكْثَرَ من تَرْكِ ذِكْرِه . وقال أبو الخَطَّابِ : إن تَزَوَّجها على عبدٍ من عَبِيدِه ، أو قميصٍ من قُمْصانِه ، أو عِمامةٍ من عَمائِمِه ، [8]ونحوِ ذلك[8] ، صَحَّ ؛ لأنَّ أحمدَ قال ، فى

٧/١٠٩ ظ

---

(٦) النسبة إلى مَرْو ، مَرْوَزِىّ ، على غير قياس . وهى التى تنسب إليها الثياب . أما المروى ، فهو بفتح الميم والراء : نسبة إلى مروة ، مدينة بالحجاز نحو وادى القرى . انظر : اللباب ٣ / ١٢٧ ، ١٢٨ .

(٧) تقدم تخريجه فى صفحة ٩٨ .

(٨ - ٨) سقط من : ب .

رِوايةِ مُهَنَّا ، فى مَن تزَوَّجَ على عبدٍ من عَبِيدِه : جائزٌ ، فإن كانوا عَشرةَ عَبِيدٍ ، تُعْطَى من أوْسَطِهِم ، فإن تَشَاحَّا أُقْرِعَ بينهم . قُلْتُ : وتَسْتَقِيمُ القُرْعةُ فى هذا ؟ قال : نعم . وَوَجْهُه أنَّ الجَهالةَ هٰهُنا يَسِيرةٌ ، ويُمْكِنُ التَّعْيِينُ بالقُرْعةِ ، بخلافِ ما إذا أصْدَقَها عبدًا مُطْلَقًا ، فإنَّ الجَهالةَ تَكْثُر ، فلا يَصِحُّ . ولَنا ، أنَّ الصَّداقَ عِوَضٌ فى عَقْدِ مُعاوَضةٍ ، فلم يَصِحَّ مَجْهولًا ، كعِوَضِ البيعِ والإجارةِ ، ولأنَّ المجهولَ لا يَصْلُحُ عِوَضًا فى البيعِ ، فلم تَصِحَّ تَسْمِيتُه كالمُحَرَّمِ ، وكما[9] لو زادت جهالَتُه على مَهْرِ المِثْلِ ، وأمَّا الخبرُ ، فالمرادُ به ما تَراضَوْا عليه ممَّا يَصْلُحُ عِوَضًا ، بدليلِ سائرِ مالا يَصْلُحُ ، وأمَّا الدِّيَةُ ، فإنَّها تَثْبُتُ بالشَّرْعِ ، لا بالعَقْدِ ، وهى خارِجةٌ عن القِياسِ فى تَقْدِيرِها ، ومَنْ وَجَبَتْ عليه فلا يَنْبَغِى أن تُجْعَلَ أصْلًا ، ثم إنَّ الحيوانَ الثابتَ فيها موصوفٌ بسِنِّه ، مُقَدَّرٌ بقِيمَتِه ، فكيف يُقَاسُ عليه العَبْدُ المُطْلَقُ فى الأمْرَيْنِ ؟ ثم ليست عَقْدًا ، / وإنَّما الواجبُ[10] بَدَلُ مُتْلَفٍ ، لا يُعْتَبَرُ فيه التَّراضِى ، فهو كقِيَمِ المُتْلَفاتِ ، فكيف يُقاسُ عليها عِوَضٌ فى عَقْدٍ يُعْتَبَرُ تَراضِيهما به ؟ ثم إنَّ قِياسَ العِوَضِ فى عَقْدِ مُعاوَضةٍ على عِوَضٍ فى مُعاوَضةٍ أخرى ، أصَحُّ وأَوْلَى من قِياسِه على بَدَلِ مُتْلَفٍ ، وأمَّا مَهْرُ المِثْلِ ، فإنَّما يجبُ عند عَدَمِ التَّسْمِيَةِ الصحيحةِ ، كما تجبُ قِيَمُ المُتْلَفاتِ ، وإن كانت تحتاجُ إلى نَظَرٍ ، ألا تَرى أنَّا نَصِيرُ إلى مَهْرِ المِثْلِ عند عَدَمِ[11] التَّسْمِيَةِ ، ولا نَصِيرُ إلى عَبْدٍ مُطْلَقٍ ، ولو باع ثَوْبًا بعبدٍ مُطْلَقٍ فأتْلَفَه المشترِى ، فإنَّا نَصِيرُ إلى تَقْوِيمِه ، ولا نُوجِبُ العَبْدَ المُطْلَقَ ، ثم لا نُسَلِّمُ أنَّ[12] جَهالةَ المُطْلَقِ من الجِنْسِ الواحِدِ دُونَ جَهالةِ مَهْرِ المِثْلِ ، فإنَّ العادةَ فى القبائِلِ والقُرَى أن يكونَ لِنسائِهِم مَهْرٌ لا يكادُ يختلفُ إلَّا بالبَكارةِ والثُّيُوبةِ فحَسْبُ ، فيكونُ إذًا

(٩) فى ا ، م : « وكذا » .

(١٠) فى ب زيادة : « فيها » .

(١١) سقط من : ا ، م .

(١٢) فى ب : « إلى » .

مَعْلُومًا ، والوَسَطُ من الجِنْسِ يَبْعُدُ الوقوفُ عليه ؛ لكثرةِ أنواعِ الجِنْسِ واخْتلافِها ، واخْتلافِ الأعيانِ فى النَّوْعِ الواحِدِ . وأمَّا تَخْصيصُ التصحيحِ بعَبْدٍ من عَبِيدِه ، فلا نظيرَ له يُقاسُ عليه ، ولا نعلمُ فيه نصًّا يُصارُ إليه ، فكيف يَثْبُتُ الحكمُ فيه بالتَّحَكُّمِ ؟ وأمَّا نُصوصُ أحمدَ على الصِّحَّةِ ، فتَأَوَّلَها أبو بكرٍ على أنَّه تَزَوَّجَها على عبدٍ مُعَيَّنٍ ، ثم أشْكَلَ عليه . إذا ثَبَتَ هذا ، فإنَّ لها مَهْرَ المِثْلِ فى كلِّ موضعٍ حَكَمْنا بفسادِ التسميةِ ، ومَنْ قال بصِحَّتِها ، أوْجَبَ الوَسَطَ من المُسَمَّى ، والوَسَطُ من العَبِيدِ السِّنْدِىُّ ؛ لأنَّ الأعْلَى التُّرْكِىُّ والرُّومِىُّ ، والأسْفَلَ الزِّنْجِىُّ والحَبَشِىُّ ، والوَسَطَ السِّنْدِىُّ والمَنْصُورِىُّ . قال القاضى : وإن أعْطاها قِيمةَ العَبْدِ ، لَزِمَها قَبُولُها ، إلْحاقًا بالإِبِلِ فى الدِّيَةِ .

فصل : ويجوز أن يكونَ الصَّداقُ مُعَجَّلًا ، ومُؤَجَّلًا ، وبعضُه مُعجلًا وبعضُه مُؤَجَّلًا ؛ لأنَّه عِوَضٌ فى مُعاوَضةٍ ، فجاز ذلك فيه كالثَّمَنِ . ثم إن أُطْلِقَ ذِكْرُه اقْتَضَى الحلولَ ، كما لو أطْلِقَ ذِكْرُ الثمنِ . وإن شَرَطه مُؤَجَّلًا إلى وقتٍ ، فهو إلى أجَلِه . وإن أجَّلَه ولم يَذْكُرْ أجَلَه ، فقال القاضى : المَهْرُ صَحِيحٌ . ومَحَلُّه الفُرْقةُ ؛ فإنَّ أحمدَ قال : إذا تَزَوَّجَ على العاجلِ والآجلِ ، لا يَحِلُّ الآجِلُ إلَّا بمَوْتٍ أو فُرْقةٍ . وهذا قولُ النَّخَعِىِّ والشَّعْبِىِّ . وقال الحسنُ ، وحَمَّادُ بن أبى سليمانَ ، وأبو حنيفةَ ، والثَّوْرِىُّ ، وأبو عُبَيْدٍ : يَبْطُلُ الأَجَلُ ، ويكونُ حالًّا . وقال إياسُ بن مُعَاوِيةَ ، وقَتادةُ : لا يَحِلُّ حتى يُطَلِّقَ ، أو يَخْرُجَ / من مِصرِها ، أو يتزَوَّجَ عليها . وعن مَكْحُولٍ ، والأَوْزاعِىِّ ، والعَنْبَرِىِّ : يَحِلُّ إلى سَنَةٍ بعدَ دُخُولِه بها . واخْتار أبو الخَطَّابِ أنَّ المَهْرَ فاسدٌ ، ولها مَهْرُ المِثْلِ . وهو قولُ الشافعىِّ ؛ لأنَّه عِوَضٌ مَجْهولُ المَحَلِّ ، ففَسَدَ ، كالثمنِ فى البَيْعِ[13] . ووَجْهُ القَوْلِ الأوَّلِ ، أنَّ المُطْلَقَ يُحْمَلُ على العُرْفِ ، والعادةُ فى الصَّداقِ الآجِلِ تَرْكُ المُطالبةِ به إلى حينِ الفُرْقَةِ ، فحُمِلَ عليه ، فيَصِيرُ حينئذٍ مَعْلُومًا بذلك . فأمَّا إن جَعَلَ للآجِلِ[14] مُدَّةً مجهولةً ، كقُدُومِ زَيْدٍ ، ومجىءِ المَطَرِ ، ونحوِه ، لم يَصِحَّ ؛ لأنَّه مَجْهُولٌ ، وإنَّما صَحَّ

٧/١١٠ظ

---

(١٣) فى الأصل : « المبيع » .

(١٤) فى ا ، ب ، م : « الآجل » .

المُطْلَقَ ، لأنَّ أجَلَه الفُرْقةُ بحُكْمِ العادَةِ ، وهٰهُنا صَرَفَه عن العادَةِ بذِكْرِ الأجَلِ ، ولم يُبَيِّنْه ، فبَقِىَ مجهولًا ، فيَحْتَمِلُ أن تَبْطُلَ التَّسْمِيَةُ ، ويَحْتَمِلُ أن يَبْطُلَ التَّأْجيلُ ويَحِلَّ .

١٢٠١ – مسألة ؛ قال : (**وَإذَا تَزَوَّجَهَا عَلَى مُحَرَّمٍ ، وَهُمَا مُسْلِمَانِ ، ثَبَتَ النِّكَاحُ ، وكَانَ لَهَا مَهْرُ المِثْلِ ، أَوْ نِصْفُه إنْ كَانَ طَلَّقَها قَبْلَ الدُّخُولِ**)

فى هذه المسألة ثلاثُ مَسائِلَ :

الأولى : أنَّه إذا سَمَّى فى النِّكاحِ صَداقًا مُحَرَّمًا ، كالخَمْرِ والخِنْزِيرِ ، فالتَّسْمِيَةُ فاسدةٌ ، والنِّكاحُ صحيحٌ . نَصَّ عليه أحمدُ . وبه قال عامَّةُ الفقهاءِ ؛ منهم الثَّوْرِىُّ ، والأَوْزَاعِىُّ ، والشافعىُّ ، وأصْحابُ الرَّأْىِ . وحُكِىَ عن أبى عُبَيْدٍ أنَّ النِّكاحَ فاسدٌ . واخْتارَه أبو بكرٍ عبدُ العزيزِ ، قال : لأنَّ أحمدَ قال ، فى روايةِ المَرُّوذِىِّ : إذا تزَوَّجَ على مالٍ غيرِ طَيِّبٍ ، فكَرِهَه . فقلتُ : تَرَى اسْتِقْبالَ النكاحِ ؟ فأعْجَبَه . وحُكِىَ عن مالكٍ أنَّه إن كان بعدَ الدُّخولِ ، ثَبَتَ النكاحُ ، وإن كان قبلَه ، فُسِخَ . واحْتَجَّ مَنْ أفْسَدَه بأنَّه نِكاحٌ جُعِلَ الصَّداقُ فيه مُحَرَّمًا ، فأشْبَهَ نِكاحَ الشِّغَارِ . ولَنا ، أنَّه نِكاحٌ لو كان عِوَضُه صحيحًا كان صَحِيحًا ، فوَجَبَ أن يكونَ صحيحًا وإن كان عِوَضُه فاسدًا ، كما لو كان مَغْصُوبًا أو مجهولًا ، ولأنَّه عَقْدٌ لا يَفْسدُ بجَهالةِ العِوَضِ ، فلا يفْسُدُ بتَحْريمِه كالخُلْعِ ، ولأنَّ فَسادَ العِوَضِ لا يزِيدُ على عَدَمِه ، ولو عُدِمَ كان العَقْدُ صحيحًا ، فكذلك إذا فَسَدَ . وكلامُ أحمدَ ، فى رواية المَرُّوذِىِّ ، محمولٌ على الاسْتِحبابِ ؛ فإنَّ مسألةَ المَرُّوذِىِّ فى المالِ الذى ليس بطَيِّبٍ ، وذاك[1] لا يَفْسُدُ العَقْدُ بتَسْمِيَتِه فيه اتِّفاقًا . وما حُكِىَ عن مالكٍ لا يَصِحُّ ؛ فإنَّ ما كان فاسِدًا قبلَ الدُّخولِ ، فهو بعدَه فاسِدٌ ، كنكاحِ ذَواتِ المَحارِمِ . فأمَّا إذا فَسَدَ الصَّداقُ لجهالَتِه ، أو عَدَمِه ، أو العَجْزِ عن تَسْلِيمِه / ، فإنَّ النِّكاحَ ثابتٌ . لا نعلمُ فيه خلافًا[2] . وقولُ الخِرَقِىِّ : « وهما مُسْلِمانِ » . احْتِرازٌ من

١١١/٧و

---

(١) فى م : « وذلك » .

(٢) فى الأصل : « اختلافا » .

الكافِرِين إذا عُقِدَ النِّكاحُ بمُحَرّمٍ ، فإنَّ هذه قد مَرَّ تَفْصِيلُها .

المسْألة الثانية : أنّه يَجبُ مَهْرُ المِثْلِ . وهذا قولُ أكثرِ أهلِ العلمِ ؛ منهم مالكٌ ، والشافعىُّ ، وأبو ثَوْرٍ ، وأصْحابُ الرَّأْىِ . وذلك لأنَّ فَسادَ العِوَضِ يقْتَضِى رَدَّ المُعَوَّضِ ، وقد تَعَذّرَ رَدُّه لصِحَّةِ النكاحِ ، فيَجبُ رَدُّ قِيمَتِه ، وهو مَهْرُ المِثْلِ ، كمن اشْتَرَى شيئا بثَمَنٍ فاسِدٍ ، فقَبَضَ المَبِيعَ ، وتَلِفَ فى يَدِه ، فإنَّه يَجبُ عليه رَدُّ قِيمَتِه . فإن دَخَلَ بها ، استقرَّ مَهْرُ المِثْلِ ، فى قولِهم جميعًا . وإن ماتَ أحَدُهما ، فكذلك ؛ لأنَّ الموتَ يقومُ مَقامَ الدُّخولِ فى تَكْمِيلِ الصَّداقِ وتَقْرِيرِه . وقال أبو الخَطَّابِ : فيه روايةٌ أخرى ، لا يَسْتَقِرُّ بالموتِ ، إلَّا أن يكونَ قد فَرَضَه لها . وإن طَلَّقَ قبلَ الدُّخولِ ، فلها نِصْفُ مَهْرِ المِثْلِ . وبهذا قال الشافعىُّ . وقال أصْحابُ الرَّأْىِ : لها المُتْعةُ ؛ لأنَّه لو لم يُسَمِّ لها صَداقًا لَكان[3] لها المُتْعةُ ، فكذلك إذا سَمَّى لها[4] تَسْمِيةً فاسدةً ؛ لأنَّ هذه التَّسْمِيَةَ كعَدَمِها . وذكَر القاضى ، فى « الجامع » أنَّه لا فَرْقَ بين مَنْ لم يُسَمِّ لها صَداقًا ، وبين مَنْ سَمَّى لها مُحَرَّمًا كالخمرِ ، أو مجهولًا كالثَّوْبِ . وفى الجميعِ روايتان ؛ إحْداهما ، لها المُتْعةُ إذا طَلَّقها قبلَ الدُّخولِ ؛ لأنَّ ارْتفاعَ العَقْدِ يُوجِبُ رَفْعَ ما أوْجَبَه من العِوَضِ كالبَيْعِ ، لكنْ تَرَكْناه فى نِصْفِ المُسَمَّى لتَراضِيهما عليه ، فكان ما تَراضَيا عليه أوْلَى ، ففى مَهْرِ المِثْلِ يَبْقَى على الأصْلِ فى أنَّه يَرْتَفِعُ وتَجِبُ المُتْعةُ . والثانية ، أنَّ لها نِصْفَ مَهْرِ المِثْلِ ؛ لأنَّ ما أوْجَبه عَقْدُ النكاحِ يَتَنصَّفُ بالطَّلاقِ قبلَ الدُّخولِ ، ومَهْرُ المِثْلِ قد أوْجَبه العقدُ ، فيتنصَّفُ به كالمُسَمَّى . والخِرَقِىُّ فَرّقَ بينهما ، فأوْجَبَ فى التَّسْمِيَةِ الفاسدةِ نِصْفَ مَهْرِ المثلِ ، وفى المُفَوِّضةِ المُتْعةَ . وهو مذهبُ الشافعىِّ ؛ لأنَّ المُفَوِّضةَ رَضِيَتْ بلا عِوَضٍ ، وعاد إليها بُضْعُها سليمًا ، وإيجابُ نِصْفِ المَهْرِ لها لا وَجْهَ له ؛ لأنَّ اللهَ تعالى أوْجَبَ لها المُتْعةَ ، ففى إيجابِ نِصْفِ المَهْرِ جَمْعٌ بينهما ، أو إسقاطٌ لِلمُتْعةِ المَنْصوصِ

---

(٣) فى ا ، ب ، م : « كان » .

(٤) سقط من : الأصل .

عليها ، وكلاهما فاسدٌ . وأمَّا التى اشْترَطَتْ لنَفسِها مَهْرًا ، فلم تَرْضَ إلَّا بعِوَضٍ ، ولم يَحْصُلْ لها العِوَضُ الذى اشترَطَتْه / ، فوَجَبَ لها بَدَلُ ما فات عليها من العِوَضِ ، وهو مَهْرُ المثلِ ، أو نِصْفُه إن كان قبلَ الدُّخولِ ، ولأنَّ الأصلَ وُجوبُ مَهْرِ المثلِ ؛ لأنَّه وَجَبَ بالعَقْدِ ، بدليلِ أنَّه يَسْتَقِرُّ بالدُّخولِ والموتِ ، وإنَّما خُولِفَ هذا فى المُفَوَّضةِ بالنَّصِّ الواردِ فيها ، ففيما[5] عَداها يَبْقَى على الأصْلِ .

111/7 ظ

المسألة الثالثة : أنَّه إذا سَمَّى لها تَسْمِيَةً فاسدةً ، وَجَبَ مَهْرُ المثلِ بالغًا ما بَلَغَ . وبه قال الشافعىُّ ، وزُفَرُ . وقال أبو حنيفةَ ، وصاحِباه : يجبُ الأقَلُّ من المُسَمَّى أو مَهْرِ المثلِ ؛ لأنَّ البُضْعَ لا يُقَوَّمُ إلَّا بالعَقْدِ ، فإذا رَضِيَتْ بأقَلَّ من مَهْرِ مِثْلِها ، لم يُقَوَّمْ بأكْثرَ ممَّا رَضِيَتْه[6] ؛ لأنَّها رَضِيَتْ بإسْقاطِ الزِّيادةِ . ولَنا ، أنَّ ما ضُمِنَ[7] بالعَقْدِ الفاسدِ ، اعْتُبِرَتْ قِيمَتُه بالغًا ما بَلَغَ ، كالمَبيعِ . وما ذكَرُوه فغيرُ مُسَلَّمٍ ، ثم لا يَصِحُّ عندهم ، فإنَّه لو وَطِئَها وَجَبَ مَهْرُ المِثْلِ ، ولو لم يكُنْ له قِيمةٌ لم يَجِبْ . فإن قيل : إنَّما وَجَبَ لحقِّ الله تعالى . قيل : لو كان كذلك لوَجَبَ أقَلُّ المَهْرِ ، ولم يَجِبْ مَهْرُ المِثْلِ .

١٢٠٢ – مسألة ؛ قال : (**وَإذَا تَزَوَّجَهَا عَلَى أَلْفٍ لَهَا ، وأَلْفٍ لِأَبِيهَا ، كَانَ ذٰلِكَ جَائِزًا ، فإنْ طَلَّقَها قَبْلَ الدُّخولِ ، رَجَعَ عَلَيْهَا بِنصْفِ الأَلْفَيْنِ ، ولَمْ يَكُنْ عَلَى الْأَبِ شَىْءٌ مِمَّا أَخَذَهُ**)

وجملةُ الأمرِ أنَّه يجوزُ لأبى المرأةِ أن يَشْتَرِطَ شيئًا من صَداقِ ابْنَتِه لنَفْسِه . وبهذا قال إسحاقُ . وقد رُوِىَ عن مَسْرُوقٍ ، أنَّه لمَّا زَوَّجَ ابْنَتَه ، اشترَطَ لنفسِه عَشْرَةَ آلافٍ ، فجَعَلَها فى الحجِّ والمساكينِ ، ثم قال للزَّوْجِ : جَهِّزِ امْرَأَتَكَ . ورُوِىَ نحوُ ذلك عن علىِّ ابن الحسينِ. وقال عطاءٌ ، وطاوُسٌ ، وعِكْرِمَةُ ، وعمرُ بن عبد العزيزِ ، والثَّوْرِىُّ ، وأبو

---

(٥) فى الأصل : « مع ما » .
(٦) فى إ ، ب ، م : « رضيت به » .
(٧) فى ا ، ب ، م : « يضمن » .

عُبَيْدٍ : يكونُ كلُّ ذلك للمرأةِ . وقال الشافعيُّ : إذا فعل ذلك ، فلها مَهْرُ المِثْلِ ، وتَفْسُدُ التَّسْمِيَةُ ؛ لأنَّه نَقَصَ من صَداقِها لأجْلِ هذا الشَّرْطِ الفاسِدِ ، لأنَّ المَهْرَ لا يجبُ إلَّا للزَّوْجةِ ، لأنَّه عِوَضُ بُضْعِها ، فيَبْقَى مَجْهُولًا ، لأنَّنا نحتاجُ أن نَضُمَّ إلى المَهْرِ ما نَقَصَ منه لأجْلِ هذا الشَّرْطِ ، وذلك مَجْهولٌ فيَفْسُدُ . ولَنا ، قولُ اللهِ تعالى ، فى قِصَّةِ شُعَيْبٍ عليه السلام : ﴿ إِنِّىٓ أُرِيدُ أَنْ أُنكِحَكَ إِحْدَى ٱبْنَتَىَّ هَـٰتَيْنِ عَلَىٰٓ أَن تَأْجُرَنِى ثَمَـٰنِىَ حِجَجٍ ﴾[1] . فجَعلَ الصَّداقَ / الإجارةَ على رِعايةِ غَنَمِه ، وهو شَرْطٌ لِنَفْسِه ، ولأنَّ للوالِدِ الأخْذَ من مالِ وَلَدِه ، بِدَليلِ قولِه ﷺ : « أَنْتَ وَمَالُكَ لِأَبِيكَ »[2] . وقولِه : « إِنَّ أَوْلَادَكُم مِنْ أَطْيَبِ كَسْبِكُم ، فَكُلُوا مِنْ أَمْوالِهِمْ » . أخْرَجه أبو داودَ ، ونحوَه التِّرمِذِىُّ[3] . وقال : حديثٌ حسنٌ . فإذا شَرَطَ لنَفْسِه شيئًا من الصَّداقِ ، يكونُ ذلك أخْذًا من مالِ ابْنَتِه ، وله ذلك . وقولُهم : إنَّه شَرْطٌ فاسدٌ . ممنوعٌ . قال القاضى : ولو شَرَطَ جميعَ الصَّداقِ لنَفْسِه ، صَحَّ ؛ بدليلِ قِصَّةِ شُعَيْبٍ ، فإنَّه شَرَطَ الجميعَ[4] لنفسِه . وإذا تزوَّجَها على ألْفٍ لها ، وألْفٍ لأبيها ، فطُلِّقَتْ قبلَ الدُّخولِ ، رجَع الزَّوْجُ فى الألْفِ الذى قَبَضَتْه ، ولم يَكُنْ على الأبِ شىءٌ ممَّا أخَذَ ؛ لأنَّ الطلاقَ قبلَ الدُّخولِ يُوجِبُ نِصْفَ الصَّداقِ ، والألْفان جميعُ صَداقِها ، فرَجَعَ عليها بنِصْفِهما[5] ، وهو ألْفٌ ، ولم يكُنْ على الأبِ شىءٌ ؛ لأنَّه أخَذَ من مالِ ابنتِه ألْفًا ، فلا يجوزُ الرُّجوعُ عليه به . وهذا فيما إذا كان قد قَبَضَها[6] الألْفَيْنِ . ولو طَلَّقها قبلَ قَبْضِهما ، سَقَطَ عن الزَّوْجِ ألْفٌ ، وبَقِىَ عليه ألْفٌ للزَّوْجةِ ، يأْخُذُ[7] الأبُ منها ما شاء . وقال القاضى : يكونُ بينهما نِصْفَيْنِ . وقال :

(١) سورة القصص ٢٧

(٢) تقدم تخريجه فى : ٨ / ٢٧٣ .

(٣) تقدم تخريجه فى : ٨ / ٢٦٣ .

(٤) فى الأصل : « المجموع » .

(٥) فى م : « بنصفيهما » .

(٦) فى ب ، م : « أقبضها » .

(٧) فى ا : « ويأخذ » .

نقله مُهَنَّا عن أحمدَ ؛ لأنَّه شرَطَ لنفسِه النِّصْفَ ولم يُحَصِّلْ[8] من الصَّداقِ إلَّا النِّصْفُ وليس هذا القولُ على سبيلِ الإيجابِ ؛ فإنَّ للأبِ أن يأخُذَ ما شاء ، ويتْرُكَ ما شاء ، وإذا مَلَكَ أن يأخُذَ من غير شرطٍ ، فكذلك إذا شرَطَ .

فصل : فإن شرَطَ ذلك غيرُ الأبِ من الأَوْلياءِ ، كالجَدِّ والأخِ والعَمِّ ، فالشَّرْطُ باطِلٌ[9] . نَصَّ عليه أحمدُ . وجَمِيعُ المُسَمَّى لها . ذكره أبو حَفْصٍ ، وهو قولُ مَنْ سَمَّيْنا فى أَوَّلِ المسألةِ . وقال الشافعيُّ : يجبُ مَهْرُ المِثْلِ . وهكذا ذكَرَ القاضى ، فى « المُجَرَّدِ » ؛ لأَنَّ الشرطَ إذا بَطَلَ احْتَجْنا أن نَرُدَّ إلى الصَّداقِ ما نَقَصَتِ الزَّوْجةُ لأَجْلِه ، ولا يُعْرَفُ[10] قَدْرُه ، فيَصِيرُ الكُلُّ مَجْهولًا فيَفْسُدُ . وإن أصْدَقها أَلْفَيْنِ ، على أن تُعْطِىَ أخاها أَلْفًا ، فالصداقُ صحيحٌ ؛ لأَنَّه شَرْطٌ لا يُزادُ فى المَهْرِ من أجلِه ، ولا يُنْقَصُ منه ، فلا يُؤَثِّرُ فى المَهْرِ ، بخلافِ التى قبلَها . ولَنا ، أن جميعَ ما اشْتَرَطَه[11] عِوَضٌ فى تَزْوِيجِها ، فيكونُ صَداقًا لها ، كما لو جَعَلَه لها ، وإذا كان صَداقًا انْتَفَتِ الجهالةُ . /وهكذا لو كان الأبُ هو المُشْتَرِطُ ، لَكان الجميعُ صَداقًا ، وإنَّما هو أخَذَ من مالِ ابْنَتِه ؛ لأَنَّ له ذلك ، ويُشْتَرَطُ أن لا يكونَ ذلك مُجْحِفًا بمالِ ابْنَتِه ، فإن كان مُجْحِفًا بمالِها ، لم يَصِحَّ الشَّرْطُ ، وكان الجميعُ لها ، كما لو اشْتَرَطَه سائرُ أَوْليائِها . ذكَره القاضى ، فى « المُجَرَّدِ » .

١١٢/٧ ظ

فصل : فإن شَرَطَ لنفسِه جميعَ الصَّداقِ ، ثم طَلَّقَ قبلَ الدُّخولِ بعدَ تَسْليمِ الصَّداقِ إليه ، رَجَعَ فى نِصْفِ ما أعْطَى الأبَ ؛ لأَنَّه الذى فَرَضَه لها ، فنَرْجِعُ فى نِصْفِه ؛ لقولِه تعالى : ﴿ فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ ﴾[12] . ويَحْتَمِلُ أن يَرْجِعَ عليها بقَدْرِ نِصْفِه ، ويكونَ ما

---

(٨) فى م : « يحل » .

(٩) سقط من : ب .

(١٠) فى ا ، ب : « نعرف » .

(١١) فى ا ، ب ، م : « اشترطه » .

(١٢) سورة البقرة ٢٣٧ .

أخذَه الأبُ له ، لأنّنا قدَّرْنا أنَّ الجميعَ صارَ لها[13] ، ثم أخذَه الأبُ منها ، فتصيرُ كأنَّها قَبَضَتْه ثم أخذَه منها . وهكذا إذا[14] أصْدَقها ألفًا لها وألفًا لأبيها ، ثم ارْتدَّتْ قبلَ الدُّخولِ ، فهل يَرْجِعُ فى الألفِ الذى قبَضه الأبُ ، أو عليها ؟ على وَجْهَيْن .

١٢٠٣ ـ مسألة ؛ قال : (وَإذَا أَصْدَقَهَا عَبْدًا صَغِيرًا فَكَبِرَ ، ثُمَّ طَلَّقَهَا قَبْلَ الدُّخُولِ ، فَإِنْ شَاءَتْ دَفَعَتْ إلَيْهِ نِصْفَ قِيمَتِهِ يَوْمَ وَقَعَ عَلَيْهِ العَقْدُ ، أو تَدْفَعُ إلَيْهِ نِصْفَهُ زائِدًا ، إلَّا أنْ يَكُونَ[1] يَصْلُحُ صَغِيرًا لِما لَا يَصْلُحُ لَهُ كَبِيرًا ، فَيَكُونَ لَهُ عَلَيْها نِصْفُ قِيمَتِهِ يَوْمَ وَقَعَ عَلَيْهِ الْعَقْدُ ، إلَّا أنْ يَشَاءَ أخْذَ ما بَذَلَتْهُ لَهُ[2] مِنْ نِصْفِهِ)

فى هذه المسألة أحكام ؛ منها ، أنَّ المرأةَ تَمْلِكُ الصَّداقَ بالعَقْدِ . وهذا[3] قولُ عامَّةِ أهلِ العلمِ ، إلَّا أنَّه حُكِىَ عن مالكٍ أنَّها لا تَمْلِكُ إلَّا نِصْفَه . ورُوِىَ عن أحمدَ ما يَدُلُّ على ذلك . وقال ابنُ عبدِ البَرِّ : هذا مَوْضِعٌ اخْتلَف فيه السَّلَفُ والآثارُ ، وأمَّا الفقهاءُ اليومَ فعلى أنَّها تَمْلِكُه . وقولُ النَّبىِّ ﷺ : «إنْ أعْطَيْتَها إزارَكَ ، جَلَسْتَ وَلَا إزارَ لَكَ »[4] . دليلٌ على أنَّ الصَّداقَ كلَّه للمرأةِ ، لا يَبْقَى للرجلِ منه شىءٌ ، ولأنَّه عَقْدٌ تَمْلِكُ به العِوَضَ بالعَقْدِ ، فَمُلِكَ فيه العِوَضُ كاملًا كالبَيْعِ ، وسُقُوطُ نِصْفِه بالطَّلاقِ ، لا يَمْنَعُ وُجُوبَ جَمِيعِه بالعَقْدِ ، ألا تَرَى أنَّها لو ارْتَدَّتْ ، سَقَطَ جَمِيعُه ، وإن كانت قد مَلَكَتْ نِصْفَه . إذا ثَبَتَ هذا ، فإنَّ نَماءَه وزِيادَتَه لها ، سَواءٌ قَبَضَتْه أو لم تَقْبِضْه ، مُتَّصِلًا كان أو مُنْفَصِلًا ، وإن كان مالًا [5]زَكَوِيًّا ، فحالَ[5] عليه الحَوْلُ ، فزَكاتُه عليها . نَصَّ عليه

---

(١٣) فى الأصل : « له » .

(١٤) فى ا ، ب ، م : « لو » .

(١) سقط من : ا .

(٢) سقط من : ا ، ب ، م .

(٣) فى ا : « وهو » .

(٤) تقدم تخريجه فى : ٨ / ١٣٧ .

(٥ ـ ٥) فى ا ، ب ، م : « زكاتيا حال » .

أحمدُ . وإن نَقَصَ بعدَ قَبْضِها له أو تَلِفَ ، فهو مِن ضَمانِها . ولو زَكَّتْه ثم طُلِّقَتْ قبلَ الدُّخولِ ، كان ضَمانُ الزَّكاةِ كلِّها عليها . وأمَّا قبلَ القَبْضِ ، فهو من ضَمَانِ الزَّوْجِ ، إن كان مَكِيلًا أو مَوْزُونًا ، (6)وإن كان(6) غيرَهما ، / فإن مَنَعَها منه ، ولم يُمَكِّنْها من قَبْضِه ، فهو من ضَمانِه ؛ لأنَّه بمَنْزِلةِ الغاصِبِ ، وإن لم يَحُلْ بينَه وبينَها ، فهل يكونُ من ضَمانِها ، أو من ضَمانِه ؟ على وَجْهَيْنِ ، بِناءً على المَبِيعِ ، وقد ذكرنا حُكْمَه في بابِه .

113/7و

الحكم الثانى ، أنَّ الصَّداقَ يتَنَصَّفُ بالطلاقِ قبلَ الدُّخولِ ؛ لقولِه تعالى : ﴿ وَإِنْ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمَسُّوهُنَّ وَقَدْ فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ ﴾[7] . وليس فى هذا اختلافٌ بحَمْدِ اللهِ . وقياسُ المذهبِ أنَّ نِصْفَ الصداقِ يَدْخُلُ فى مِلْكِ الزوجِ حُكْمًا ، كالمِيراثِ ، لا يَفْتَقِرُ إلى اختيارِه وإرادَتِه ، فما يَحْدُثُ من النَّماءِ يكونُ بينهما . وهو قول زُفَرَ . وذكَر القاضى احْتِمالًا آخرَ ، أنَّه لا يَدْخُلُ فى مِلْكِه حتى يَخْتارَه[8] ، كالشَّفِيعِ . وهو قولُ أبى حنيفةَ . وللشافعىِّ قَوْلان ، كالوَجْهَيْن . ولنا ، قولُه تعالى : ﴿ فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ ﴾ . أىْ لكم أو لهُنَّ ، فاقْتَضَى ذلك أنَّ النِّصْفَ لها ، والنِّصْفَ له ، بمُجَرَّدِ الطلاقِ ، ولأنَّ الطَّلاقَ سَبَبٌ يَمْلِكُ به بغيرِ عِوَضٍ ، فلم يَقِف المِلْكُ[9] على إرادَتِه واختيارِه ، كالإِرْثِ ، ولأنَّه سَبَبٌ لِنَقْلِ المِلْكِ ، فنَقَلَ المِلْكَ بمُجَرَّدِه ، كالبَيْعِ وسائرِ الأسْبابِ . ولا تَلْزَمُ الشُّفْعةُ ؛ فإنَّ سَبَبَ المِلْكِ فيها الأخْذُ بها ، ومتى أخَذَ بها ثَبَتَ المِلْكُ من غيرِ إرادتِه واختيارِه ؛ وقبلَ الأخْذِ ما وُجِدَ السَّبَبُ ، وإنَّما استُحِقَّ بمُباشَرَةِ[10] سَبَبِ المِلْكِ ، ومُباشَرةُ الأسبابِ مَوْقُوفةٌ على اخْتِيارِه ، كما أنَّ الطَّلاقَ مُفَوَّضٌ إلى اخْتِيارِه ، فالأخْذُ بالشُّفْعةِ نَظِيرُ الطَّلاقِ ، وثُبُوتُ المِلْكِ للآخِذِ بالشفعةِ نَظِيرُ ثبوتِ المِلْكِ للمُطَلِّقِ ، فإنَّ ثُبوتَ المِلْكِ حُكْمٌ لها ، وثُبُوتُ أحكامِ

(6 - 6) فى ا ، ب ، م : « وأما » .

(7) سورة البقرة 237 .

(8) فى ا ، ب ، م : « يختار » .

(9) سقط من : الأصل .

(10) فى الأصل ، ا : « مباشرة » .

الأسبابِ بعدَ مُباشَرَتِها لا يَقِفُ على اختيارِ أحدٍ ، ولا إرادتِه . فإن نَقَصَ الصَّداقُ فى يَدِ المرأةِ بعدَ الطَّلاقِ ، فإن كان قد طالَبها به فمَنَعَتْه ، فعليها الضَّمانُ ؛ لأنَّها غاصِبةٌ ، وإن تَلِفَ قبلَ مُطالَبتِه ، فقِياسُ المذهبِ أنَّه لا ضَمانَ عليها ؛ لأنَّه حَصَلَ فى يدِها بغيرِ فِعْلِها ، ولا عُدْوانٍ من جِهَتِها ، فلم تَضْمَنْه ، كالوَديعةِ . وإن اخْتَلَفا فى مُطالَبَتِه لها ، فالقولُ قولُها ؛ لأنَّها مُنْكِرةٌ . وإن ادَّعَى أنَّ التَّلَفَ أو النَّقْصَ كان قبلَ الطلاقِ . وقالت : بعدَه . فالقولُ أيضا قولُها ؛ لأنَّه يَدَّعِى ما يُوجِبُ الضَّمانَ عليها ، وهى تُنْكِرُه ، والقولُ قولُ المُنْكِرِ . وظاهرُ قولِ أصحابِ الشافعىِّ ، أنَّ على المرأةِ الضَّمانَ لما تَلِفَ أو نَقَصَ فى يَدِها / بعدَ الطَّلاقِ ؛ لأنَّه حَصَلَ فى يدِها بحُكْمِ قَطْعِ العَقْدِ ، فأشْبَهَ المَبِيعَ إذا ارْتَفَعَ العَقْدُ بالفَسْخِ . ولَنا ، ما ذكَرْناه . وأمَّا المَبِيعُ فيَحْتَمِلُ أن يَمْنَعَ ، وإن سَلَّمْنا فإنَّ الفَسْخَ إن كان منهما ، أو من المُشْتَرِى ، فقد حَصَلَ منه التَّسَبُّبُ إلى جَعْلِ مِلْكِ غيرِه فى يَدِه ، وفى مَسْألَتِنا ليس من المرأةِ فِعْلٌ ، وإنَّما حَصَلَ ذلك بفِعْلِ الزوجِ وَحْدَه ، فأشْبَهَ ما لو أَلْقَى ثَوْبَه فى دارِها بغيرِ أمْرِها . ٧/١١٣ ظ

فصل : ولو خالَعَ امرأتَه بعدَ الدُّخولِ ، ثم تزوَّجَها فى عِدَّتِها ، (١١ثُمَّ طَلَّقَها١١) قبلَ دُخولِه بها ، فلها فى النِّكاحِ الثانى نِصْفُ الصَّداقِ(١٢) المُسَمَّى فيه . وبهذا قال الشافعىُّ . وقال أبو حنيفةَ : لها جَمِيعُه ؛ لأنَّ حُكْمَ الوَطْءِ موجودٌ فيه ، بدليلِ أنَّها لو أتَتْ بوَلَدٍ لَزِمَه . ولَنا ، قولُ اللهِ سبحانه : ﴿ وَإِنْ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمَسُّوهُنَّ وَقَدْ فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ ﴾ . ولأنَّه طَلاقٌ من نِكاحٍ لم يَمَسَّها فيه ، فوَجَبَ أن يتَنَصَّفَ به المَهْرُ ، كما لو تزوَّجَها بعدَ العِدَّةِ ، وما ذكره غيرُ صحيحٍ ؛ فإن لُحوقَ النَّسبِ لا يَقِفُ على الوَطْءِ عندَه ، فلا(١٣) يقومُ مَقامَه . فأمَّا إن كان لم يَدْخُلْ بها فى النِّكاحِ الأوَّلِ أيضا ، فعليه نِصْفُ الصَّداقِ الأوَّلِ ، ونِصْفُ الصَّداقِ الثانى . بغير

(١١ - ١١) فى ا ، ب ، م : « وطلقها » .

(١٢) فى ب ، م زيادة : « أو » .

(١٣) فى م : « ولا » .

خِلافٍ . الحكم الثالث ، أنَّ الصداقَ إذا زاد بعدَ العَقْدِ ، لم يَخْلُ من أن تكونَ الزيادةُ غيرَ مُتَميِّزةٍ ، كعَبْدٍ يَكْبَرُ أو يتَعَلَّمُ صناعةً أو يَسْمَنُ ، أو مُتَميِّزةً ، كالوَلَدِ والكَسْبِ والثَّمرةِ ، فإن كانت مُتَميِّزةً أخَذَتِ الزِّيادةَ ، ورَجَعَ بِنِصْفِ[14] الأصْلِ ، وإن كانت غيرَ مُتَمَيِّزةٍ ، فالخِيَرَةُ إليها ، إن شاءت دَفَعَتْ إليه نِصْفَ قِيمَتِه يومَ العَقْدِ ؛ لأنَّ الزِّيادةَ لها لا يَلْزَمُها بَذْلُها[15] ، ولا يُمْكِنُها دَفْعُ الأصْلِ بدُونِها ، فصِرْنا إلى نِصْفِ القِيمةِ ، وإن شاءتْ دَفَعَتْ إليه نِصْفَه[16] زائدًا ، فيَلْزَمُه قَبُولُه ؛ لأنَّها دَفَعَتْ إليه حَقَّه وزيادةً لا تَضُرُّ ولا تَتَميَّزُ ، فإن كانتْ[17] مَحْجُورًا عليها ، لم يَكُنْ له[18] الرُّجوعُ إلَّا فى نِصْفِ القِيمةِ ؛ لأنَّ الزِّيادةَ لها ، ولا يجوزُ لها ولا لِوَلِيِّها التَّبَرُّعُ بشيءٍ لا يجبُ عليها . وإن نَقَصَ الصَّداقُ بعدَ العَقْدِ ، فهو من ضَمانِها ، ولا يَخْلُو أيضا من أن يكونَ النَّقْصُ مُتَمَيِّزًا أو غيرَ مُتَمَيِّزٍ ؛ فإن كان مُتَمَيِّزًا ، كعَبْدَيْنِ تَلِفَ أحدُهما ، فإنَّه يَرْجِعُ بِنِصْفِ الباقِى ونصفِ قيمةِ التَّالِفِ ، أو مثلِ نصفِ التالِفِ إن كان من ذَواتِ الأمْثالِ ، وإن لم يكُنْ مُتَمَيِّزًا ، كعَبْدٍ كان شابًّا فصار شيخًا ، فنَقَصَتْ / قِيمَتُه ، أو نَسِيَ ما كان يُحْسِنُ من صناعةٍ أو كتابةٍ ، أو هُزِلَ ، فالخِيارُ إلى الزَّوْجِ ، إن شاء رَجَعَ بنصفِ قِيمتِه وقتَ ما أصْدَقَها ؛ لأنَّ ضَمانَ النَّقْصِ عليها ، فلا يَلْزَمُه أخْذُ نِصْفِه ؛ لأنَّه دُونَ حَقِّه ، وإن شاء رَجَعَ بنصفِه ناقصًا ، فتُجْبَرُ المرأةُ على ذلك ؛ لأنَّه رَضِيَ أن يأْخُذَ حَقَّه ناقِصًا ، وإن اخْتارَ أن يأْخُذَ أرْشَ النَّقْصِ مع هذا ، لم يكُنْ له ذلك[19] ، فى ظاهِرِ كلامِ الخِرَقِيِّ ، وهو قولُ أكثرِ الفقهاءِ . وقال القاضى : القياسُ أنَّ له ذلك ، كالمَبِيعِ يُمْسِكُه ويُطالِبُ بالأَرْشِ . وبما ذكَرْناه كلِّه قال أبو حنيفةَ ، والشافعيُّ . وقال محمدُ بن الحسنِ : الزِّيادةُ غيرُ المتميِّزةِ تابعةٌ للعَيْنِ ، فله

١١٤/٧ و

---

(١٤) فى م : « نصف » .

(١٥) فى ا ، ب ، م : « بدلها » .

(١٦) فى م : « نصفا » .

(١٧) فى ا ، م : « كان » .

(١٨) فى ب ، م : « لها » .

(١٩) فى ا ، ب ، م : « هذا » .

الرُّجوعُ فيها ؛ لأنَّها تَتْبَعُ فى الفُسُوخِ ، فأشْبَهَتْ زِيادةَ السُّوقِ . ولَنا ، أنَّها زيادةٌ حَدَثَتْ فى مِلْكِها ، فلم تَتَنَصَّفْ[20] بالطلاقِ ، كالمُتَمَيِّزةِ ، وأمَّا زِيادةُ السُّوقِ فليست مِلْكَها[21] ، وفارَقَ نَماءَ المَبِيعِ ؛ لأنَّ سَبَبَ الفَسْخِ العَيْبُ ، وهو سابِقٌ على الزِّيادةِ ، وسَبَبُ تَنْصِيفِ المَهْرِ الطَّلاقُ ، وهو حادثٌ بعدَها ، ولأنَّ الزَّوْجَ يَثْبُتُ حَقُّه فى نِصْفِ المفْروضِ دُونَ العَيْنِ ، ولهذا لو وَجَدَها ناقصةً ، كان له الرُّجوعُ إلى نصفِ مِثْلِها أو قِيمتِها ، بخلافِ المَبِيعِ المَعِيبِ ، والمفروضُ لم يكُنْ سَمينا ، فلم يكُنْ له أخْذُه ، والمبيعُ تعَلَّقَ حَقُّه بعَيْنِه ، فتَبِعه بثَمَنِه[22] . فأمَّا إن نَقَصَ الصَّداقُ من وَجْهٍ وزاد من وَجْهٍ ، مثل أن يتعلَّمَ صَنْعةً ويَنْسَى أُخْرَى ، أو هُزِلَ وتَعَلَّمَ ، ثَبَتَ الخِيارُ لكلِّ واحدٍ منهما ، وكان له الامْتِناعُ من العَيْنِ والرُّجوعُ إلى القيمةِ . فإن اتَّفَقَا على نِصْفِ العَيْنِ ، جاز ، وإن امْتَنَعَتِ المرأةُ من بَذْلِ نِصْفِها ، فلَها ذلك لأجْلِ الزيادةِ ، وإن امْتَنعَ هو من الرُّجوعِ فى نِصْفِها ، فله ذلك لأجْلِ النَّقْصِ ، وإذا امْتَنعَ أحدُهما ، رَجَعَ فى نِصْفِ قِيمَتِها .

فصل : فإن كانت العينُ تالِفةً وهى من ذواتِ الأمْثالِ ، رَجَعَ فى نصفِ مِثْلِها ، وإلَّا رَجَعَ فى نصفِ قِيمَتِها أقَلَّ ما كانت من حيْنِ العَقْدِ إلى حينِ القَبْضِ ، أو إلى حينِ التَّمْكِينِ منه ، على ما ذكَرْنا من الاختلافِ ؛ لأنَّ العَيْنَ إن زادتْ ، فالزِّيادةُ لها تَخْتَصُّ بها ، وإن نَقَصَتْ قبلَ ذلك ، فالنَّقْصُ من ضَمانِه . وإن طَلَّقها قبلَ قَبْضِ الصَّداقِ وقبلَ الدُّخولِ ، وقد زاد[23] زيادةً منفصلةً / ، فهى لها ، تَنْفَرِدُ بها ، وتأخُذُ نصفَ الأصْلِ . ١١٤/٧ظ وإن كانت الزِّيادةُ متصلةً ، فلها الخيارُ بين أن تأخُذَ النصفَ ويَبْقَى له النصفُ ، وبين أن تأخذَ الكُلَّ وتدفعَ إليه قيمةَ النِّصْفِ غيرَ زائدةٍ . وإن كان ناقصًا ، فلها الخِيارُ بين أخْذِه ناقصًا وبين مطالَبَتِه بنصفِ قِيمتِه غيرَ ناقصٍ .

---

(٢٠) فى م : « تنصف » .
(٢١) فى ب ، م : « ملكه » .
(٢٢) فى م : « ثمنه » .
(٢٣) فى ا ، ب ، م : « زادت » .

فصل : إذا أصْدَقَها نَخْلًا حائلًا[٢٤] ، فأطْلَعَتْ ، ثم طَلَّقَها قبلَ الدُّخولِ ، فله نصفُ قيمَتِها[٢٥] وَقْتَ ما أصْدَقَها ، وليس له الرُّجوعُ فى نِصْفِها ؛ لأنَّها زائدةٌ زيادةً مُتَّصِلةً ، فأشْبَهتِ الجاريةَ إذا سَمِنَتْ ، وسواء كان الطَّلْعُ مُؤَبَّرًا أو غيرَ مُؤَبَّرٍ ؛ لأنَّه مُتَّصِلٌ بالأصْلِ ، ولا يجبُ فَصْلُه عنه فى هذه الحال ، فأشْبَهَ السِّمَنَ وتَعَلُّمَ الصناعةِ . فإن بَذَلَتْ له المرأةُ الرُّجوعَ فيها مع طَلْعِها ، أُجْبِرَ على ذلك ؛ لأنَّها زيادةٌ مُتَّصِلةٌ لا[٢٦] يجبُ فَصْلُها . وإن قال : اقْطَعِى ثَمرَتَكِ ، حتى أرْجِعَ فى نصفِ الأصْلِ . لم يَلْزَمْها ؛ لأنَّ عُرْفَ هذه الثمرةِ أنَّها لا تُؤْخَذُ إلَّا بالجِذَاذِ ، بدليلِ البَيْعِ ، ولأنَّ حَقَّ الزَّوجِ انْتقلَ إلى القيمةِ ، فلم يَعُدْ إلى العَيْنِ إلَّا برِضَاهما[٢٧] . فإن قالتِ المرأةُ : اتْرُكِ الرُّجوعَ حتى أَجُذَّ[٢٨] ثَمرتِى وتَرْجِعَ فى نصفِ الأصْلِ ، أو ارْجِعْ فى الأصْلِ وأَمْهِلْنِى حتى أقْطَعَ الثمرةَ . أو قال الزوجُ : أنا أصْبِرُ حتى إذا جَذَذْتِ ثمرَتَكِ رَجَعْتُ فى الأصلِ . أو قال : أنا أرْجِعُ فى الأصلِ وأصبِرُ حتى تَجُذِّى ثَمَرَتَكِ . لم يَلْزَمْ واحدًا منهما قبولُ قولِ الآخرِ ؛ لأنَّ الحقَّ انْتقلَ إلى القِيمَةِ ، فلم يَعُدْ إلى العينِ إلَّا برِضَاهما[٢٩] . ويَحْتَمِلُ أن يَلْزَمَها قبولُ ما عَرَضَ عليها ؛ لأنَّ الضَّرَرَ عليه ، فأشْبَهَ ما لو بَذَلَتْ له نِصْفَها مع طَلْعِها ، وكما لو وَجَدَ العينَ ناقِصَةً فرَضِىَ بها . وإن تراضَيَا على شىءٍ من ذلك ، جاز . والحكمُ فى سائرِ الشجرِ ، كالحُكْمِ فى النَّخْلِ . وإخراجُ النَّوْرِ فى الشَّجَرِ بمنزلةِ الطَّلْعِ الذى لم يُؤَبَّرْ . وإن كانت أرْضًا فحَرَثَتْها[٣٠] ، فتلك زيادةٌ مَحْضَةٌ ، إن بَذَلَتْها له بزيادَتِها ، لَزِمَه قَبُولُها ، كالزِّياداتِ المُتَّصِلَةِ كلِّها ، وإن لم تَبْذُلْها ، دَفَعَتْ نِصْفَ قِيمَتِها . وإن زَرَعَتْها ، فحُكْمُها حكمُ

---

(٢٤) الحائل : غير الحامل .

(٢٥) فى ا زيادة : « يوم » .

(٢٦) فى ب ، م : « ولا » .

(٢٧) فى م : « برضاها » .

(٢٨) فى الأصل : « آخذ » .

(٢٩) فى الأصل : « بتراضيهما » .

(٣٠) فى ا ، م : « فحرثها » .

النَّخْلِ[٣١] إذا أطْلَعتْ[٣٢] . إلَّا فى موضعٍ واحدٍ ، وهو أنَّها إذا بَذَلَتْ نِصْفَ الأرضِ مع نصفِ الزَّرعِ ، لم يَلْزَمْه قَبُولُه ، بخلافِ الطَّلْعِ مع النَّخْلِ ، والفرقُ بينهما من وَجْهَين ؛ أحدهما ، أنَّ الثمرةَ لا يَنْقُصُ بها الشجرُ ، والأرضُ تنْقُصُ بالزَّرْعِ وتَضْعُفُ . الثانى ، أنَّ الثمرةَ مُتَوَلِّدةٌ من النَّخْلِ ، فهى تابعةٌ لها[٣٣] ، والزَّرْعُ مِلْكُها أوْدَعَتْه فى / الأرضِ ، فلا يُجْبَرُ على قَبُولِه . وقال القاضى : يُجْبَرُ على قبولِه ، كالطَّلْعِ سواءً . وقد ذكَرْنا ما يقْتَضِى الفَرْقَ . ومسائِلُ الغِرَاسِ كمسائِلِ الزَّرعِ . فإن طَلَّقَها بعدَ الحَصَادِ ، ولم تكُنِ الأرضُ زادتْ ولا نَقَصَتْ ، رَجَعَ فى نِصْفِها ، وإن نقَصَتْ بالزَّرْعِ أو زادتْ به ، رَجَعَ فى نِصْفِ قِيمَتِها ، إلَّا أن يَرْضَى بأخْذِها ناقصةً ، أو تَرْضَى هى بِبَذْلِها زائدةً .

١١٥/٧ و

فصل : وإذا أصْدَقَها خَشَبًا فشَقَّتْه أبْوابًا ، فزادتْ قِيمَتُه ، لم يكُنْ له الرُّجوعُ فى نِصْفِه لزيادَتِه ، ولا يَلْزَمُه قبولُ نِصْفِه[٣٤] ؛ لأنَّه نَقَصَ من وَجْهٍ ، فإنَّه لم يَبْقَ مُسْتَعِدًّا لِمَا كان يَصْلُحُ له من التَّسْقِيفِ وغيرِه . وإن أصْدَقَها ذَهَبًا أو فِضَّةً ، فصاغَتْه حُلِيًّا فزادتْ قِيمَتُه ، فلها مَنْعُه من نِصْفِه . وإن بَذَلَتْ له النِّصفَ ، لَزِمَه القَبُولُ ؛ لأنَّ الذَّهبَ لا يَنْقُصُ بالصِّياغةِ ، ولا يخرجُ عن كونِه مُسْتعِدًّا لما كان يَصْلُحُ له قبلَ صِياغَتِه . وإن أصْدَقَها دَنانيرَ أو دَراهِمَ أو حُلِيًّا ، فكَسَرَتْه ، ثم صاغَتْه على غيرِ ما كان عليه ، لم يَلْزَمْه قَبولُ نِصْفِه ؛ لأنَّه نَقَصَ فى يَدِها ، ولا يَلْزَمُها بذلُ نِصْفِه ؛ لزيادةِ الصِّناعةِ التى أحْدَثَتْها فيه . وإن عادتِ الدَّنانيرُ والدراهِمُ إلى ما كانت عليه ، (٣٥فله الرُّجوعُ فى نِصْفِها ، وليس له طلبُ قِيمَتِها ؛ لأنَّها عادتْ إلى ما كانت عليه٣٥) ، مِن غيرِ نَقْصٍ ولا زيادةٍ ، فأشْبَهَ مالو أصْدَقَها عبدًا ، فمَرِضَ ثم بَرَأَ . وإن صاغتِ الحُلِيَّ على ما كان عليه ، ففيه وَجْهان ؛

---

(٣١) فى الأصل : « النخيل » .

(٣٢) فى م : « أطلع » .

(٣٣) فى م : « له » .

(٣٤) فى م : « نصف » .

(٣٥ – ٣٥) سقط من : ب . نقل نظر .

أحدهما ، له الرُّجوعُ ، كالدَّراهِمِ إذا أُعِيدَتْ . والثانى ، ليس له الرُّجوعُ فى نِصْفِه ؛ لأنَّها جَدَّدتْ فيه صناعةً ، فأشْبَهَ ما لو صاغَتْه على صفةٍ أُخْرَى ، ولو أصْدَقَها جاريةً ، فهُزِلَتْ ثم سَمِنَتْ ، فعادت إلى حالَتِها الأُولَى ، فهل يَرْجِعُ فى نِصْفِها ؟ على وَجْهَيْن .

فصل : وحُكْمُ الصَّداقِ حكمُ البَيْعِ ، فى أنَّ ما كان مَكِيلًا أو مَوْزُونًا لا يجوزُ لها التَّصرُّفُ فيه قبلَ قَبْضِه ، وما عَداه لا يحتاجُ إلى قَبْضٍ ، ولها التَّصرُّفُ فيه قبلَ قَبْضِه . وقال القاضى[٣٦] : ما كان مُتَعَيِّنًا فلها التَّصرُّفُ فيه ، وما لم يكُنْ مُتَعَيِّنًا ، كالقَفِيزِ من صُبْرَةٍ ، والرَّطْلِ من زَيْتٍ مِن دَنٍّ ، لا تَمْلكُ التَّصرُّفَ فيه حتى تَقْبِضَه ، كالمَبِيعِ . وقد ذكَرْنا فى المَبِيعِ روايةً أخرى ، أنَّها لا تَمْلِكُ التَّصرُّفَ فى شىءٍ منه قبلَ قَبْضِه . وهذا مذهبُ الشافعىِّ . وهذا أصلٌ ذُكِرَ فى البَيْعِ . / وذكَر القاضى فى موضعٍ آخَرَ ، أنَّ ما لم ينْتَقِضْ[٣٧] العَقْدُ بهَلاكِه ، كالمَهْرِ وعِوَضِ الخُلْعِ ، يجوزُ التَّصرُّفُ فيه قبلَ قَبْضِه ؛ لأنَّه بَدْلٌ لا يَنْفَسِخُ السَّبَبُ الذى مُلِكَ به[٣٨] بهلاكِه ، فجاز التَّصرُّفُ فيه قبلَ قَبْضِه ، كالوَصِيَّةِ والمِيراثِ . وقد نَصَّ أحمدُ على هِبَةِ المرأةِ زَوْجَها صَداقَها قبلَ قَبْضِها ، وهو نوعُ تَصرُّفٍ فيه ، وقياسُ المذهبِ أنَّ ما جاز لها التَّصرُفُ فيه ، فهو من ضَمانِها إن تَلِفَ أو نَقَصَ ، وما لا تَصرُّفَ لها فيه فهو من ضَمانِ الزَّوْجِ . وإن مَنَعَها الزَّوْجُ قَبْضَه ، أو لم يُمَكِّنْها منه ، فهو من ضَمانِه على كلِّ حالٍ ؛ لأنَّ يَدَهَ عادِيَةٌ فضَمِنَه كالغاصبِ . وقد نَقَلَ مُهَنَّا ، عن أحمدَ ، فى رَجُلٍ تزوَّجَ امرأةً على هذا الغلامِ ، فَفُقِئَتْ عَيْنُه ، فقال : إن كان قَبَضَتْه ، فهو لها ، وإن لم تكُنْ قبَضتْه ، فهو على الزَّوْجِ . فظاهِرُ هذا أنَّه جَعَلَه قبلَ قَبْضِه من ضَمانِ الزَّوْجِ بكلِّ حالٍ . وهو مذهبُ الشافعىِّ . وكلُّ موضعٍ قُلْنا : هو مِن ضَمانِ الزَّوْجِ قبلَ القَبْضِ . إذا تَلِفَ قبلَ قَبْضِه لم يَبْطُلِ الصَّداقُ بتَلَفِه ، ويَضْمَنُه بمثْله

١١٥/٧ ظ

---

(٣٦) فى ا ، ب ، م زيادة : « وأصحابه » .

(٣٧) فى ب : « ينقص » .

(٣٨) سقط من : م .

إنْ كان مِثْلِيًّا، [٣٩]وبقيمَتِه إن لم يكُنْ مِثْلِيًّا[٣٩]. وبهذا قال أبو حنيفةَ، والشافعىُّ فى القديمِ. وقال فى الجديدِ: يَرْجِعُ إلى مَهْرِ المِثْلِ؛ لأنَّ تَلَفَ العِوَضِ يُوجِبُ الرُّجوعَ فى المُعَوَّضِ، فإذا تَعذَّرَ رَدُّه رَجعَ إلى قِيمَتِه، كالمبيعِ، ومَهْرُ المِثْلِ هو القِيمةُ، فوَجَبَ الرُّجوعُ إليه. ولَنا، أنَّ كلَّ عَيْنٍ يجبُ تَسْليمُها مع وُجودِها إذا تَلِفَتْ مع بقاءِ سَبَبِ اسْتِحْقاقِها، فالواجبُ بَدَلُها، كالمَغْصوبِ والقَرْضِ والعاريَّةِ، وفارَقَ المَبيعَ إذا تَلِفَ؛ فإنَّ البَيْعَ انفسخَ، وزال سَبَبُ الاستحقاقِ. إذا ثَبَتَ هذا، فإنَّ التالِفَ فى يدِ الزَّوْجِ لا يَخْلُو من أربعةِ أحوالٍ؛ أحدها، أن يَتْلَفَ بفِعْلِها، فيكونُ ذلك قَبْضًا منها، ويَسْقُطُ عن الزَّوْجِ ضَمانُه. والثانى، تَلِفَ بفِعْلِ الزَّوْجِ، فهو من ضمانِه على كلِّ حالٍ، ويَضْمَنُه لها بما[٤٠] ذكَرْناه. والثالث، أتْلَفَه أجنبىٌّ، فلها الخِيارُ بين الرُّجوعِ على الأجْنَبِىِّ بضَمانِه، وبينَ الرُّجوعِ على الزَّوجِ، ويَرْجِعُ الزوجُ على المُتْلِفِ. والرابع، تَلِفَ بفِعْلِ اللهِ تعالى، فهو على ما ذكَرْناه من التَّفْصيلِ فى صَدْرِ المسألةِ.

فصل: إذا طَلَّقَ المرأةَ قبلَ الدُّخولِ، وقد تصرَّفَتْ فى الصَّداقِ بعَقْدٍ من العُقودِ، لم يَخْلُ من ثلاثةِ أقسامٍ؛ أحدها، ما يُزِيلُ المِلْكَ عن/ الرَّقَبةِ، كالبيعِ والهِبَةِ والعِتْقِ، فهذا يَمْنَعُ الرُّجوعَ، وله نِصْفُ القيمةِ؛ لِزَوالِ مِلْكِها، وانقطاعِ تَصرُّفِها. فإن عادتِ العَيْنُ إليها قبلَ طَلاقِها، ثم طَلَّقَها وهى فى يَدِها بحالِها، فله الرُّجوعُ فى نِصْفِها؛ لأنَّه وَجَدَها بعَيْنِها، فأشْبَهَ ما لو لم تُخْرِجْها. ولا يَلْزَمُ الوالدَ إذا وَهَبَ ولدَه[٤١] شيئًا، فخَرَجَ عن مِلْكِه، ثم عاد إليه، حيث لا يَمْلِكُ الرُّجوعَ فيه؛ لأنَّنا نَمْنَعُ ذلك، وإن سَلَّمناه فإن حَقَّ الوالِدِ[٤٢] سَقَطَ بخُروجِه عن يَدِ الولدِ بكلِّ حالٍ، بدليلِ أنَّه لا يُطالَبُ بِبَذْلِه، والزَّوْجُ لم يَسْقُطْ حَقُّه بالكُلِّيَّةِ، بل يَرْجِعُ بنِصْفِ قِيمَتِه عند عَدَمِه، فإذا وُجِدَ كان

١١٦/٧و

(٣٩ - ٣٩) سقط من: الأصل، ب، م.

(٤٠) فى ا، م: «مما».

(٤١) فى ا، ب، م: «لولده».

(٤٢) فى م: «الولد».

الرُّجوعُ فى عَيْنِه أَوْلَى . وفى معنى هذه التَّصَرُّفاتِ الرَّهْنُ ، فإنَّه وإن[43] لم يُزِل المِلْكَ عن الرَّقَبةِ ، لكنَّه يُرادُ للبَيْعِ المُزِيلِ للمِلْكِ ، ولذلك لا يجوزُ رَهْنُ ما لا يَجُوزُ بَيْعُه ، ففى الرُّجوعِ فى العَيْنِ إبطالٌ لِحَقِّ المُرْتَهِنِ من الوَثِيقةِ ، فلم يَجُزْ ، وكذلك الكِتابةُ ، فإنَّها تُرادُ للعِتْقِ المُزِيلِ للمِلْكِ ، وهى عَقْدٌ لازِمٌ ، فجَرَتْ مَجْرَى الرَّهْنِ . فإن طَلَّقَ الزَّوْجُ قبلَ إقْباضِ الهِبَةِ أو الرَّهْنِ ، أو فى مُدَّةِ الخِيارِ فى البَيْعِ ، ففيه وَجْهان ؛ أحدهما ، لا تُجْبَرُ على رَدِّ نِصْفِه إليه ؛ لأنَّه عَقْدٌ عَقَدَتْه فى مِلْكِها ، فلم تَمْلِكْ إبْطالَه ، كاللَّازِمِ ، ولأنَّ مِلْكَها قد زال ، فلم تَمْلِك الرُّجوعَ فيما ليس بمَمْلُوكٍ لها . والثانى ، تُجْبَرُ على تسْليمِ نِصْفِه ؛ لأنَّها قادرةٌ على ذلك ، ولا زِيادةَ فيها . وللشافعىِّ قَوْلان ، كهٰذَيْنِ الوَجْهَين . فأمَّا إن طَلَّقها بعدَ تَقْبيضِ الهِبَةِ والرَّهْنِ ، ولُزُومِ البيعِ ، فلم يأْخُذْ قِيمةَ النِّصْفِ حتى فُسِخَ البَيْعُ والرَّهْنُ والهِبَةُ ، لم يكُنْ له الرُّجوعُ فى نِصْفِها ؛ لأنَّ حَقَّه يَثْبُتُ[44] فى القِيمةِ . الثانى[45] ، تَصَرُّفٌ غيرُ لازِمٍ ، لا يَنْقُلُ المِلْكَ ، كالوَصِيَّةِ والشَّرِكَةِ والمُضارَبةِ ، فهذا لا يُبْطِلُ حَقَّ الرُّجوعِ[46] فى نِصْفِه ، ويكونُ وُجُودُ هذا التَّصَرُّفِ كعَدَمِه ؛ لأنَّه تصرُّفٌ لم يَنْقُلِ المِلْكَ ، ولم يَمْنَع المالكَ من التَّصَرُّفِ ، فلا يَمْنَعُ مَنْ له الرُّجُوعُ على المالكِ من الرُّجوعِ ، كالإيداعِ والعارِيَّةِ . فأمَّا إن دَبَّرَتْه ، فظاهرُ المذهبِ أنَّه لا يَمْنَعُ الرُّجوعَ [47]لأنَّه وَصِيَّةٌ[47] ، أو تَعْليقُ نِصْفِه ، وكلاهما لا يَمْنَعُ الرُّجوعَ ، ولأنَّه لا يَمْنَعُ البَيْعَ ، فلم يَمْنَع الرُّجوعَ كالوَصِيَّةِ . ولا يُجْبَرُ الزوجُ على الرُّجوعِ فى نِصْفِه ، بل يُخَيَّرُ بين ذلك وبين أَخْذِ نِصْفِ قِيمَتِه ؛ لأنَّ شَرِكَةَ[48] / مَنْ نِصْفُه مُدَبَّرٌ نَقْصٌ ، ولا يُؤْمَنُ أن يَرْفَعَ إلى حاكِمٍ حَنَفِىٍّ فيَحْكُمَ بعِتْقِه . وإن كانت أَمَةً فدَبَّرَتْها ، خُرِّجَ على الرِّوايتَيْن ، إن قُلْنا :

١١٦/٧ظ

(٤٣) سقطت الواو من : الأصل ، ا .

(٤٤) سقط من : ب .

(٤٥) فى م : « والثانى » .

(٤٦) فى الأصل : « الزوج » .

(٤٧ – ٤٧) سقط من : ب .

(٤٨) فى الأصل : « شريكه » .

تُباعُ فى الدَّينِ . فهى[٤٩] كالعَبْدِ . وإن قُلْنا : لا تُبَاعُ . لم يُجْبَرِ الزَّوْجُ على الرُّجوعِ فى نِصْفِها . وإن كاتَبَتِ الأَمَةُ أو العَبْدُ ، لم يُجْبَرِ[٥٠] الزوجُ على[٥٠] الرجوعِ فى العَيْنِ[٥١] ؛ لأنَّه نَقَصَ . وإن اختارَ الرُّجوعَ ، وقُلْنا : الكِتابةُ تمنعُ البَيْعَ . مَنَعَتِ الرُّجوعَ . وإن قُلْنا : لا تمنعُ البَيْعَ . احْتَمَلَ أن لا تمنعَ الرُّجوعَ كالتَّدْبيرِ ، واحْتَمَلَ أن تَمْنَعَه ؛ لأنَّ الكِتابةَ عقدٌ لازِمٌ يُرادُ لإِزالةِ المِلْكِ ، فمَنَعتِ الرُّجوعَ كالرَّهْنِ . الثالث ، تَصَرُّفٌ لازمٌ لا يُرادُ لإِزالةِ المِلْكِ ، كالإِجارةِ والتَّزويجِ ، فهذا نَقْصٌ ، فيَتَخَيَّرُ الزَّوْجُ[٥٢] بين أن يَرْجِعَ فى نِصْفِه ناقِصًا ؛ لأنَّه رضِىَ بحَقِّه ناقِصًا ، وبين الرُّجوعِ فى نصفِ قِيمَتِه ، فإن رَجَعَ فى نصفِ المُسْتأجَرِ ، صَبَرَ حتى تَنْفَسِخَ الإِجارةُ . فإن قيل : فقد قُلْتُم فى الطَّلْعِ الحادثِ فى النَّخْلِ : إذا قال : أنا أصْبِرُ حتى تَنْتَهِىَ الثمرةُ . لم يكُنْ له ذلك ؟ قُلْنا : الفَرْقُ بينهما أنَّ فى تلك المسألة[٥٣] تكونُ المِنَّةُ له ، فلا يَلْزَمُها قَبُولُ مِنَّتِه ، بخلافِ مسألَتِنا ، ولأنَّ ذلك يُؤَدِّى إلى التَّنازُعِ فى سَقْىِ الثمرةِ ، ووقتِ جِذاذِها ، وقَطْعِها لخَوْفِ العَطَشِ أو غيرِه ، بخلافِ مَسْألتنا .

فصل : فإن أصْدَقَها شِقْصًا ، فهل للشَّفِيعِ أخْذُه ؟ على وَجْهَيْنِ ؛ فإن قُلْنا : له أخْذُه . فأخَذَه ، ثم طَلَّقَ الزَّوجُ ، رَجَعَ فى نِصْفِ قِيمَتِه ؛ لأنَّه قد زال مِلْكُها عنه ، وإن طَلَّقها قبلَ أخْذِه بالشُّفْعةِ ، وطالبَ الشَّفِيعُ ، ففيه وَجْهان ؛ أحدهما يُقَدَّمُ الشفيعُ ؛ لأنَّ حَقَّه أسْبَقُ ، فإنَّه ثَبَتَ بالنِّكاحِ ، وحَقُّ الزَّوْجِ ثَبَتَ بالطَّلاقِ ، ولأنَّ الزوجَ يَرْجِعُ إلى بَدَلٍ[٥٤] ، وهو نصفُ القِيمةِ ، وحَقُّ الشفيعِ إذا بَطَلَ بَطَلَ[٥٥] إلى غيرِ[٥٥] بَدَلٍ . والثانى ،

---

(٤٩) سقط من : م .

(٥٠ – ٥٠) سقط من : الأصل ، ا ، ب .

(٥١) فى ا ، م : « العبد » .

(٥٢) سقط من : ب ، م .

(٥٣) فى م زيادة : « أن » .

(٥٤) فى م : « بدله » .

(٥٥ – ٥٥) فى م : « بغير » .

يُقَدَّمُ الزَّوجُ ؛ لأنَّ حَقَّه آكَدُ ، فإنَّه ثَبَتَ بنَصِّ القُرْآن والإجماعِ ، وحَقُّ الشُّفْعةِ مُجْتَهَدٌ فيه ، غيرُ مُجْمَعٍ عليه . فعلى هذا يكونُ للشَّفيعِ أخْذُ النِّصْفِ الباقى بِنِصْفِ ما كان يأْخُذُ به الجميعَ .

١٢٠٤ – مسألة ؛ قال : (**وَإِذَا اخْتَلَفَا فِى الصَّدَاقِ بَعْدَ الْعَقْدِ فِى قَدْرِهِ ، وَلَا بَيِّنَةَ عَلَى مَبْلَغِهِ ،**[١] **فالقَوْلُ قولُها ما ادَّعَتْ مَهْرَ مِثْلِهَا**)

وجملةُ ذلك أنَّ الزَّوْجينِ إذا اخْتلَفا فى قَدْرِ المَهْرِ ، ولا بَيِّنةَ على مَبْلَغِه[١] ، فالقولُ قولُ مَنْ يَدَّعِى مَهْرَ المِثْلِ منهما ؛ فإن ادَّعَتِ المرأةُ مهرَ مِثْلِها أو / أقَلَّ ، فالقولُ قولُها ، وإن ادَّعَى الزوجُ مهرَ المِثْلِ أو أكثرَ ، فالقولُ قولُه . وبهذا قال أبو حنيفةَ . وعن الحسنِ ، والنَّخَعِىِّ ، وحَمَّادِ بن أبى سليمان ، وأبى عُبَيْدٍ نحوُه . وعن أحمدَ روايةٌ أُخْرَى ، أنَّ القولَ قولُ الزَّوجِ بكلِّ حالٍ . وهذا قولُ الشَّعْبِىِّ ، وابنِ أبى لَيْلَى ، وابنِ شُبْرُمَةَ ، وأبى ثَوْرٍ . وبه قال أبو يوسفَ ، إلَّا أن يَدَّعِىَ مُسْتَنْكَرًا ، وهو أن يَدَّعِىَ مَهْرًا لا يُتَزَوَّجُ بمِثْلِه فى العادةِ ؛ لأنَّه مُنْكِرٌ للزِّيادةِ ، ومُدَّعًى عليه ، فيَدْخُلُ تحت قوله ﷺ : « وَلٰكِنَّ الْيَمِينَ عَلَى الْمُدَّعَى عَلَيْهِ »[٢] . وقال الشافعىُّ : يَتَحالفانِ ، فإن حَلَفَ أحدُهما ونَكَلَ الآخرُ ، ثَبَتَ ما قالَه ، وإن حَلَفَا ، وَجَبَ مَهْرُ المِثْلِ . وبه قال الثَّوْرِىُّ ؛ لأنَّهما اختلَفا فى العِوَضِ المُسْتَحَقِّ فى العَقْدِ ، ولا بَيِّنةَ ، فيتحالفانِ ، قياسًا على المُتبايِعَيْنِ إذا اختلَفا فى الثَّمنِ . وقال مالكٌ : إن كان الاختلافُ قبلَ الدُّخولِ ، تحالفَا وفُسِخَ النكاحُ ، وإن كان بعدَه ، فالقولُ قولُ الزَّوْجِ . وبَناه على أصلِه فى البَيْعِ ؛ فإنَّه يُفرِّقُ فى التَّحالُفِ بين ما[٣] قبلَ القَبْضِ وبعدَه ، ولأنَّها إذا سَلَّمَتْ[٤] نَفْسَها بغير إشْهادٍ ، فقد رَضِيَتْ بأمانَتِه . ولَنا ، أنَّ الظَّاهرَ قولُ مَنْ يَدَّعِى مهرَ المِثْلِ ، فكان القولُ قولَه ، قياسًا على المُنْكِرِ فى سائرِ الدَّعاوَى ،

١١٧/٧و

(١ – ١) سقط من : ب . نقل نظر .

(٢) تقدم تخريجه فى : ٦ / ٥٢٥ .

(٣) سقط من : الأصل ، ا ، ب .

(٤) فى م : « أسلمت » .

وعلى المُودَع إذا ادَّعَى التَّلَفَ أو الرَّدَّ ، ولأنَّه عَقْدٌ لا يَنْفَسِخُ بالتَّحالُفِ ، فلا يُشْرَعُ فيه ، كالعَفْوِ عن دَمِ العَمْدِ ، ولأنَّ القولَ بالتَّحالُفِ يُفْضِى إلى إيجابِ أكْثَرَ ممَّا يَدَّعِيه ، أو أقَلَّ ممَّا يُقِرُّ لها به ، فإنَّها إذا كان مَهْرُ مِثْلِها مائةً ، فادَّعَتْ ثمانينَ ، وقال : بل هو خَمْسُونَ . أَوْجَبَ لها عِشْرِينَ ، يتَّفِقانِ على [(٥)]أنها غيرُ واجبةٍ . ولو ادَّعَتْ مائتينِ ، وقال : بل هو مائةٌ وخَمْسونَ . [(٦)]ومَهْرُ مثلِها مائةٌ[٦)] ، فأَوْجَبَ مائةً ، لأَسْقَطَ خمسينَ يتَّفِقانِ على[٥)] وُجُوبِها . ولأنَّ مهرَ المثلِ إن لم يُوافِقْ دَعْوَى أحدِهما ، لم يَجُزْ إيجابُه ؛ لِاتِّفاقِهما على أنَّه غيرُ ما أوْجَبَه العقدُ ، وإن وافَقَ قولَ أحَدِهما ، فلا حاجةَ فى إيجابِه إلى يَمِينِ مَنْ يَنْفِيه ؛ لأنَّها لا تُؤَثِّرُ فى إيجابِه ، وفارَقَ البَيْعَ ؛ فإنَّه ينْفَسِخُ بالتَّحالُفِ ، ويَرْجِعُ كلُّ واحدٍ منهما فى مَالِه . وما ادَّعاه مالكٌ من أنَّها اسْتَأْمَنَتْه ، لا يَصِحُّ ؛ فإنَّها لم تَجْعَلْه أمِينَها ، ولو كان أمِينًا لها لَوَجَبَ أن تكونَ أمِينةً له ، حيث[(٧)] لم يُشْهِدْ عليها ، على أنَّه لا يَلْزَمُ من الاخْتِلافِ / عدمُ الإشْهادِ ، فقد تكونُ بينهما بَيِّنةٌ ، فتموتُ أو تَغِيبُ أو تَنْسَى الشَّهادةَ . إذا ثَبَتَ هذا ، فكلُّ مَنْ قُلْنا : القولُ قولُه . فهو مع يَمينِه ؛ لأنَّه اخْتلافٌ فيما يجوزُ بَذْلُه ، فتُشْرَعُ فيه اليمينُ ، كسائرِ الدَّعاوَى فى الأمْوالِ . وحُكِىَ عن القاضى ، أنَّ اليَمِينَ لا تُشْرَعُ فى الأحْوالِ كلِّها ؛ لأنَّها دَعْوَى فى النِّكاحِ .

١١٧/٧ظ

فصل : فإن ادَّعَى أقلَّ من مهرِ المثلِ ، وادَّعتْ هى أكثرَ منه ، رُدَّ إلى مهرِ المثلِ . ولم يذكُرْ أصحابُنا يَمِينًا . والأَوْلَى أن يتحالَفا ؛ فإنَّ ما يَقُولُه كلُّ واحدٍ منهما مُحْتَمِلٌ للصِّحَّةِ ، فلا يُعْدَلُ عنه إلَّا بيَمِينٍ من صاحِبِه ، كالمُنْكِرِ فى سائرِ الدَّعاوَى ، ولأنَّهما تَساوَيا فى عدمِ الظُّهورِ ، فيُشْرَعُ التَّحالُفُ ، كما لو اختلَفَ المُتبايِعانِ . وهذا قولُ أبى حنيفةَ ، والباقونَ على أصُولِهم .

فصل : فإن قال : تَزَوَّجْتُكِ على هذا العَبْدِ . فقالت : بل على هذه الأَمَةِ . وكانت

(٥ - ٥) سقط من : ب .

(٦ - ٦) سقط من : الأصل .

(٧) فى ا ، ب ، م : « حين » .

قيمةُ العَبْدِ مَهْرَ المِثْلِ ، أو أكثرَ ، وقيمةُ الأَمَةِ فَوْقَ ذلك ، حَلَفَ الزَّوْجُ ووَجَبَتْ لها قِيمةُ العبدِ ؛ لأنَّ قولَه يُوافِقُ الظاهِرَ ، ولا تَجِبُ عَيْنُ العَبْدِ ، لئَلَّا يَدْخُلَ فى مِلْكِها ما تُنْكِرُه . وإن كانت قيمةُ الأَمَةِ مهرَ المِثْلِ ، أو أقلَّ ، وقيمةُ العبدِ أقلَّ من ذلك ، فالقولُ قولُ الزَّوْجةِ مع يَمِينِها . وهل تجبُ الأَمَةُ أو قِيمَتُها ؟ فيه وَجْهان ؛ أحدهما ، تجبُ عَيْنُ الأَمَةِ ؛ لأنَّنا قَبِلْنا قَوْلَها فى القَدْرِ ، فكذلك فى العَيْنِ ، وليس فى ذلك إدْخالُ ما يُنْكِرُه فى مِلْكِها . والثانى ، تجبُ لها قِيمَتُها ؛ لأنَّ قولَها إنَّما وافقَ الظاهِرَ فى القَدْرِ لا فى العَيْنِ ، فأَوْجَبْنا لها ما وافَقَتِ الظاهِرَ فيه . وإن كان كلُّ واحدٍ منهما قَدْرَ مَهْرِ المِثْلِ ، أو كان العَبْدُ أقلَّ من مهرِ المثلِ ، والأَمَةُ أكثرَ منه ، وجَبَ مهرُ المثلِ إذا تَحالَفا . وظاهرُ قولِ القاضِى أنَّ اليمينَ لا يُشْرَعُ فى هذا كلِّه .

١٢٠٥ – مسألة ؛ قال : (**وإنْ أنْكَرَ أَنْ يَكُونَ لَهَا عَلَيْهِ صَدَاقٌ ، فَالْقَوْلُ أَيْضًا قَوْلُهَا قَبْلَ الدُّخولِ وبَعْدَهُ ، مَا ادَّعَتْ مَهْرَ مِثْلِهَا ، إلَّا أنْ يَأْتِىَ بِبَيِّنَةٍ تُبْرِئُه مِنْهُ**)

وجملةُ ذلك أنَّ الزَّوْجَ إذا أنكرَ صَداقَ امرأتِه ، وادَّعَتْ ذلك عليه ، فالقولُ قولُها فيما يوافِقُ مهرَ مثلِها ، سواءٌ ادَّعَى أنَّه وَفَّاها[1] ، أو أبْرَأَتْه منه ، أو قال : لا تَسْتَحِقّ علىَّ شَيْئًا . وسواءٌ كان ذلك قبلَ الدُّخولِ أو بعدَه . وبه قال سعيدُ بن / جُبَيْرٍ ، والشعبىُّ ، وابن شُبْرُمَةَ ، وابنُ أبى لَيْلَى ، والثَّوْرِىُّ ، والشافعىُّ ، وإسْحاقُ ، وأصْحابُ الرَّأْىِ . وحُكِىَ عن فُقَهاءِ المدينةِ السَّبعةِ أنَّهم قالوا : إن كان بعدَ الزِّفافِ[2] ، فالقولُ قولُ الزَّوْجِ ، والدُّخولُ بالمرأةِ يَقْطَعُ الصَّداقَ . وبه قال مالكٌ . قال أصحابُه : إنَّما قال ذلك إذا كانت العادَةُ تَعْجِيلَ الصَّداقِ ، كما كان بالمدينةِ ، أو كان الخِلافُ فيما تُعُجِّلَ منه فى العادةِ ؛ لأنَّها لا تُسَلِّمُ نَفْسَها فى العادةِ إلَّا بقَبْضِه ، فكان الظَّاهِرُ معه . ولَنا ، أنَّ النَّبىَّ

١١٨/٧ و

(١) فى م : « وفى مالها » .

(٢) فى م : « الدخول » .

ﷺ قال : « الْيَمِينُ عَلَى المُدَّعَى عَلَيْهِ »[٣] . ولأنَّه ادَّعَى تَسْلِيمَ الحَقِّ الذى عليه ، فلم يُقْبَلْ بغيرِ بَيِّنةٍ ، كما لو ادَّعَى تَسْلِيمَ الثمنِ ، أو كما قبلَ الدُّخولِ .

فصل : فإن دَفعَ إليها أَلْفًا ، ثم اختلَفا ، فقال : دَفَعْتُها إليك صَداقًا . وقالت : بل هِبَةً . فإن كان اختلافُهما فى نِيَّتِه كأن[٤] قالتْ : قَصَدْتَ الهِبَةَ . وقال : قصدتُ دَفْعَ الصَّداقِ . فالقولُ قولُ الزَّوْجِ بلا يمينٍ ؛ لأنَّه أعْلَمُ بما نَواه ، ولا تَطَّلِعُ المَرْأةُ على نِيَّتِه . وإن اختلَفا فى لفظِه ، فقالت : قد قُلْتَ خُذِى هذا هِبةً أو هَدِيَّةً . فأنْكَرَ[٥] ذلك ، فالقولُ قولُه مع يمينِه ؛ لأنَّها تَدَّعِى عليه عَقْدًا على مِلْكِه ، وهو يُنْكِرُه ، فأشْبَهَ مالو ادَّعَتْ عليه بَيْعَ مِلْكِه لها ، لكنْ إن كان المَدْفوعُ من غيرِ جِنْسِ الواجبِ عليه ، كأن[٦] أصْدَقَها دَراهِمَ ، فدفعَ إليها عَرْضًا[٧] ، ثم اختلَفا ، وحَلَفَ أنَّه دَفَعَ إليها ذلك من صَداقِها ، فللمرأةِ رَدُّ العَرْضِ[٨] ، ومُطَالَبَتُه بصَداقِها . قال أحمدُ ، فى رواية الفَضْلِ بن زِيادٍ ، فى رَجُلٍ تزوَّجَ امرأةً على صَداقِ أَلْفٍ ، فبَعَثَ إليها بقِيمَتِه متاعًا وثيابًا ، ولم يُخْبِرْهُم أنَّه من الصَّداقِ ، فلما دَخَلَ سأَلَتْه الصَّداقَ ، فقال لها : قد بَعَثْتُ إليك بهذا المتاعِ ، واحْتَسَبْتُه من الصَّداقِ . فقالت المرأةُ : صَداقِى دَراهِمُ : تَرُدُّ الثيابَ والمتاعَ ، وتَرْجِعُ عليه بصَداقِها . فهذه الرِّوايةُ إذا لم يخْبِرْهُم أنَّه صَداقٌ ، فأمَّا إذا ادَّعَى أنَّها احْتَسَبَتْ به من الصَّداقِ ، وادَّعَتْ هى أنَّه قال : هى[٩] هِبَةٌ . فينبغِى أن يَحْلِفَ كلُّ واحدٍ منهما ، ويَتراجَعانِ بما لكلِّ واحدٍ منهما . وحُكِيَ عن مالكٍ ، أنَّه قال[١٠] : إن كان ممَّا جَرَتِ العادةُ بهَدِيَّتِه ، كالثَّوْبِ والخاتَمِ ، فالقولُ قولُها ؛ لأنَّ الظَّاهِرَ معها ، وإلَّا فالقولُ قولُه . ولَنا ، أنَّهما اخْتلَفا / فى صِفَةِ انْتِقالِ مِلْكِه إلى يَدِها ، فكان القولُ قولَ المالكِ ، كما لو قال : أَوْدَعْتُكِ هذه العَيْنَ . قالت : بل وَهَبْتَها . ١١٨/٧ظ

---

(٣) تقدم تخريجه فى : ٦ / ٥٢٥ .

(٤) فى الأصل : « كأنها » .

(٥) فى الأصل ، ا ، ب : « فأنكرها » .

(٦) فى الأصل ، ب : « كأنه » .

(٧) فى ا ، ب ، م : « عوضا » .

(٨) فى ا ، ب ، م : « العوض » .

(٩) فى م : « هو » .

(١٠) سقط من : الأصل .

فصل : إذا مات الزَّوْجانِ ، واختلَفَ وَرَثَتُهما ، قام وَرَثَةُ كلِّ إنسانٍ مَقامَه ، إلَّا أنَّ مَنْ يَحْلِفُ منهم على الإثْباتِ يَحْلِفُ على البَتِّ ، ومَنْ يَحْلِفُ على النَّفْيِ يَحْلِفُ على نَفْيِ العِلْمِ ؛ لأنَّه يَحْلِفُ على نَفْيِ فِعْلِ الغيرِ . وبه قال الشافعيُّ . وقال أبو حنيفةَ : إن مات أحدُ الزَّوْجينِ فكذلك ، وإن مات الزَّوْجانِ ، فادَّعَى وَرَثَةُ المرأةِ التَّسْمِيةَ ، وأنكرَها وَرَثةُ الزَّوْجِ جُمْلةً ، لم يُحْكَمْ عليهم بشيءٍ . قال أصحابُه : إنَّما قال ذلك إذا تقادَمَ العَهْدُ ؛ لأنَّه تعذَّرَ الرُّجوعُ إلى مَهْرِ المِثْلِ ؛ لأنَّه تُعْتَبرُ فيه الصِّفاتُ والأوْقاتُ . وقال محمدُ بن الحسنِ : يُقْضَى بمَهْرِ المِثْلِ . وقال زُفَرُ : بعَشرةِ دَراهِم ؛ لأنَّه أقَلُّ الصَّداقِ . ولَنا ، أنَّ ما اختَلَفَ فيه المُتعاقِدانِ ، قام وَرَثَتُهما مَقامَهما ، كالمُتَبايِعَيْنِ . وما ذكَرُوه ليس بصحيحٍ ؛ لأنَّه لا يَسْقُطُ الحَقُّ لتَقادُمِ العَهْدِ ، ولا يتعذَّرُ الرُّجوعُ فى ذلك ، كقِيَمِ سائرِ المُتْلَفاتِ .

فصل : وإن اختلَفَ الزَّوجُ وأبو الصَّغِيرةِ والمَجْنُونةِ ، قام الأبُ مَقامَ الزَّوْجةِ فى اليَمِينِ ؛ لأنَّه يَحْلِفُ على فِعْلِ نَفْسِه ، ولأنَّ قولَه مَقبولٌ فيما اعْتَرَفَ به من الصَّداقِ ، فسُمِعَتْ يَمِينُه فيه ، كالزَّوْجةِ ، فإن لم يَحْلِفْ حتى بلَغَتْ وعَقَلَتْ ، فاليَمِينُ عليها دونَه ؛ لأنَّ الحقَّ لها ، وإنَّما يَحْلِفُ هو لتعَذُّرِ اليَمِينِ من جِهَتِها ، فإذا أمْكَنَ فى حَقِّها ، صارتِ اليَمِينُ عليها ، كالوَصِيِّ إذا بَلَغَ الأطْفالُ قُبِلَ يَمِينُه فيما يَحْلِفُ فيه . فأمَّا أبو[11] البِكْرِ البالِغةِ العاقلةِ ، فلا تُسْمَعُ مُخالَفَتُه[12] ؛ لأنَّ الكَبِيرةَ قولُها مقبولٌ فى الصَّداقِ ، والحَقُّ لها دُونَه . وأمَّا سائرُ الأوْلياءِ ، فليس لهم تَزْوِيجُ صغيرةٍ ، إلَّا على روايةٍ فى بِنْتِ تِسْعٍ ، وليس لهم أن يُزَوِّجُوا بدُونِ مَهْرِ المِثْلِ . ولو زَوَّجَها[13] بدُونِ مَهْرِ المِثْلِ ، ثَبَتَ مهرُ المثلِ من غيرِ يَمِينٍ . فإن ادَّعَى أنَّه زَوَّجَها بأكثرَ من مَهْرِ مِثْلِها ، فاليَمِينُ على الزَّوْجِ ؛ لأنَّ القَوْلَ قولُه فى قَدْرِ مهرِ المِثْلِ .

---

(١١) سقط من : م .

(١٢) فى ا ، م : « مخالفتها » .

(١٣) فى ا ، ب ، م : « زوجوها » .

فصل : إذا أنكرَ الزَّوْجُ تَسْمِيةَ الصداقِ ، وادَّعَى أنَّه تَزوَّجها بغير صداقٍ ، فإن كان بعدَ الدُّخولِ نَظَرْنا ؛ فإن ادَّعَتِ المرأةُ مهرَ المِثْلِ أو دُونَه ، وَجَبَ ذلك من غير يَمينٍ ؛ لأنَّها لو صَدَّقَتْه فى ذلك لَوَجَبَ مهرُ المثلِ ، فلا فائدةَ فى الاخْتِلافِ ، وإن / ادَّعَتْ أقلَّ من مهرِ المثلِ ، فهى مُقِرَّةٌ بنَقْصِها عمَّا يجبُ لها بدَعْوَى الزَّوْجِ ، فيجبُ أن يُقْبَلَ قوْلُها بغيرِ يَمينٍ ، وإن ادَّعتْ أكثرَ من مهرِ المثلِ ، لَزِمَتْه اليمينُ على نَفْيِ ذلك ، ويَجِبُ لها مهرُ المثلِ . وإن كان اختلافُهما قبلَ الدُّخولِ ، انْبَنَى على الرِّوايتَيْنِ فيما إذا اختلَفا فى قَدْرِ الصداقِ ، فإن قُلْنا : القولُ قولُ [14]الزَّوْجِ . فلها المُتْعةُ ، وإن قُلْنا : القولُ قولُ[14] مَنْ يَدَّعِى مهرَ المِثْلِ[15] . قُبِلَ قَوْلُها ما ادَّعَتْ مهرَ مِثْلِها . هذا إذا[16] طَلَّقَها ، وإن لم يُطَلِّقْها ، فُرِضَ لها مهرُ المثلِ على الرِّوايتَيْنِ ، وكلُّ مَنْ قُلْنا : القولُ قولُه . فعليه اليمينُ .

١٢٠٦ ـ مسألة ؛ قال : (وَإِذَا تَزَوَّجَهَا بِغَيْرِ صَدَاقٍ ، لَمْ يَكُنْ لَهَا[1] عَلَيْهِ إِذَا طَلَّقَهَا قَبْلَ الدُّخُولِ إِلَّا الْمُتْعَةُ)

وجملتُه أنَّ النِّكاحَ يَصِحُّ من غيرِ تَسْمِيَةِ صَداقٍ ، فى قولِ عامَّةِ أهلِ العلمِ . وقد دَلَّ على هذا قولُ اللهِ تعالى : ﴿ لَّا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِنْ طَلَّقْتُمُ ٱلنِّسَاءَ مَا لَمْ تَمَسُّوهُنَّ أَوْ تَفْرِضُوا۟ لَهُنَّ فَرِيضَةً وَمَتِّعُوهُنَّ ﴾[2] . ورُوِىَ أنَّ ابنَ مسعودٍ سُئِلَ عن رَجُلٍ تزوَّجَ امرأةً ، ولم يَفْرِضْ لها صَداقًا ، ولم يَدْخُلْ بها حتى ماتَ ، فقال ابنُ مسعودٍ : لها صَداقُ نِسائِها ، لا وَكْسَ[3] ولا شَطَطَ ، وعليها العِدَّةُ ، ولها المِيراثُ . فقام مَعْقِلُ بن سِنَانٍ الأشْجَعِيُّ ،

(١٤ - ١٤) سقط من : ب . نقل نظر .

(١٥) فى الأصل : « مثل » .

(١٦) فى ب زيادة : « كان » .

(١) سقط من : الأصل ، ا .

(٢) سورة البقرة ٢٣٦ . ولم يرد فى ا ، ب ، م : ﴿ ومتعوهن ﴾ .

(٣) الوكس : النقص والغبن .

فقال : قَضَى رسولُ الله ﷺ فى بَرْوَعَ بنت وَاشِقٍ ، امرأةٍ مِنَّا ، مثلَ ما قَضَيْتَ . أخْرَجه أبو داودَ ، والتِّرمِذىُّ[٤] ، وقال : حديثٌ حسنٌ صحيحٌ . ولأنَّ القَصْدَ من النِّكاحِ الوُصْلَةُ والاسْتِمْتاعُ دُونَ الصداقِ ، فصَحَّ من غيرِ ذِكْرِه ، كالنَّفَقةِ . وسواءٌ تَرَكا ذِكْرَ المَهْرِ ، أو شَرَطا نَفْيَه ، مثل أن يقولَ ، زَوَّجْتُكَ بغير مهرٍ . فيقْبَلُه كذلك . ولو قال : زَوَّجْتكَ بغيرِ مَهْرٍ فى الحال ، ولا فى الثانى . صَحَّ أيضا . وقال بعضُ الشَّافعيَّةِ : لا يَصِحُّ فى هذه الصُّورَةِ ، لأنَّها تكونُ كالمَوْهُوبةِ . وليس بصحيحٍ ؛ لأنَّه قد صَحَّ فيما إذا قال : زَوَّجْتُكَ بغيرِ مَهْرٍ . فيَصِحُّ هٰهُنا ؛ لأنَّ معناهما واحدٌ ، وما صَحَّ فى إحْدَى الصُّورَتَيْنِ المُتَساوِيتَيْنِ ، صَحَّ فى الأُخْرَى . وليست كالمَوْهُوبةِ ؛ لأنَّ الشَّرْطَ يَفْسُدُ ، ويَجِبُ المهرُ . إذا ثبتَ هذا ، فإنَّ المُزَوَّجةَ بغيرِ مَهْرٍ تُسَمَّى مُفَوَّضَةً ، بكَسْرِ الواو وفَتْحِها ، فمن كَسَرَ أضافَ الفِعْلَ إليها على أنها فاعِلَة ، مثل مُقَوِّمةٍ ، ومن فَتَحَ أضافه إلى وَلِيِّها . ومعنى التَّفْويضِ الإهْمالُ ، كأنَّها أهْمَلَتْ أمْرَ المَهْرِ ، حيث لم تُسَمِّه ؛ / ومنه قولُ الشاعر[٥] :

١١٩/٧ظ

لا يَصْلُحُ النَّاسُ فَوْضَى لا سَراةَ لهمْ ... ولا سَراةَ إذَا جُهَّالُهُم سَادُوا

يعنى مُهْمَلِين . والتَّفْويضُ على ضَرْبَيْنِ ؛ تفويضُ بُضْعٍ ، وتفويضُ مَهْرٍ . فأمَّا تفويضُ البُضْعِ ، فهو الذى ذكَره الخِرَقِىُّ وفَسَّرْناه ، وهو الذى يَنْصَرِفُ إليه إطلاقُ التَّفْويضِ ، وأمَّا تفويضُ المَهْرِ ، فهو أن يَجْعَلا[٦] الصَّداقَ إلى رَأْىِ أحدِهما ، أو رَأْىِ أجْنَبىٍّ ، فيقول : زَوَّجْتُكَ على ما شِئْتَ ، أو على حُكْمِكَ ، أو على[٧] حُكْمِى ، أو حُكْمِها ، أو حُكمِ أجْنَبِىٍّ . ونحوه . فهذه لها مَهْرُ المِثْلِ ، فى ظاهرِ كلامِ الخِرَقِىِّ ؛ لأنَّها لم تُزَوِّجْ نَفْسَها إلَّا بصَداقٍ ، لكنَّه مَجْهُولٌ ، فسَقَطَ لجهالَتِه ، ووَجَبَ مهرُ

---

(٤) تقدم تخريجه فى : ٩ / ١٩٢ .

(٥) هو الأفوه الأودى . والبيت فى ديوانه (الطرائف الأدبية) ١٠ .

(٦) فى ا ، م : « يجعل » .

(٧) سقط من : الأصل ، ا ، ب .

المثلِ . والتَّفْويضُ الصحيحُ ، أن تأذَنَ المرأةُ الجائزةُ الأمْرِ لوَليِّها فى تَزْويجها بغيرِ مَهْرٍ ، أو بتَفْويضِ قَدْرِه ، أو يُزوِّجَها أبُوها كذلك . فأمَّا إن زَوَّجَها غيرُ أبيها ، ولم يَذْكُرْ مَهْرًا ، بغيرِ إذْنِها فى ذلك ، فإنه يَجبُ مهرُ المثلِ . وقال الشافعىُّ : لا يكونُ التَّفْويضُ إلا فى[8] الصُّورةِ الأُولَى . وقد سَبَقَ الكلامُ معه فى أنَّ للأبِ أن يُزَوِّجَ ابنتَه بدُونِ صَداقِ مِثْلِها ، فكذلك يجوزُ تَفْويضُه . فإذا طَلَقَتِ المُفَوّضةُ البُضْعِ قبلَ الدُّخولِ ، فليس لها إلَّا المُتْعةُ . نَصَّ عليه أحمدُ ، فى رواية جماعةٍ[9] ، وهو قولُ ابنِ عمرَ ، وابنِ عباسٍ ، والحسنِ ، وعَطاءٍ ، وجابرِ بن زيدٍ ، والشَّعْبِىِّ ، والزُّهْرِىِّ ، والنَّخَعِىِّ ، والثورىِّ ، والشافعىِّ ، وإسحاقَ ، وأبى عبيدٍ ، وأصْحابِ الرَّأْىِ . وعن أحمدَ ، روايةٌ أخرى ، أنَّ الواجبَ لها نِصْفُ مَهْرِ مِثْلِها ؛ لأنَّه نكاحٌ صحيحٌ يُوجِبُ مهرَ المثلِ بعدَ الدُّخولِ ، فيُوجِبُ نِصْفَه بالطَّلاقِ قبلَ الدُّخولِ ، كما لو سَمَّى مُحَرَّمًا . وقال مالكٌ ، والليثُ ، وابنُ أبى ليلى : المتعةُ مُسْتَحَبَّةٌ غيرُ واجبةٍ ؛ لأنَّ اللهَ تعالى قال : ﴿حَقًّا عَلَى الْمُحْسِنِينَ﴾[10] فخَصَّهُم بها فيَدُلُّ[11] أنَّها على سبيلِ الإحْسانِ والتَّفَضُّلِ ، والإحسانُ ليس بواجبٍ ، ولأنَّها لو كانت واجبةً لم تَخْتَصَّ المُحْسِنِينَ دُونَ غيرِهم . ولَنا ، قوله تعالى : ﴿وَمَتِّعُوهُنَّ﴾ . أمرٌ ، والأمرُ يَقْتَضِى الوُجُوبَ . وقال تعالى : ﴿ وَلِلْمُطَلَّقَاتِ مَتَاعٌ بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُتَّقِينَ ﴾[12] . وقال تعالى : ﴿ إِذَا نَكَحْتُمُ الْمُؤْمِنَاتِ ثُمَّ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمَسُّوهُنَّ فَمَا لَكُمْ عَلَيْهِنَّ مِنْ عِدَّةٍ تَعْتَدُّونَهَا فَمَتِّعُوهُنَّ ﴾[13] . ولأنَّه طَلاقٌ فى نكاحٍ يَقْتَضِى عِوَضًا ، فلم يَعْرُ عن العِوَضِ ، كما لو سَمَّى مَهْرًا ، وأداءُ الواجبِ من / الإحْسانِ ، فلا تَعارُضَ بينهما .

١٢٠/٧و

فصل : فإن فَرَضَ لها بعدَ العَقْدِ ، ثم طَلَّقَها قبلَ الدُّخولِ ، فلها نِصْفُ ما فَرَضَ لها ،

---

(٨) سقط من : الأصل ، ا ، ب .

(٩) فى م : « الجماعة » .

(١٠) سورة البقرة ٢٣٦ .

(١١) فى ا ، ب زيادة : « على » .

(١٢) سورة البقرة ٢٤١ .

(١٣) سورة الأحزاب ٤٩ .

ولا مُتْعةَ . وهذا قولُ ابنِ عمرَ ، وعَطاءٍ ، والشَّعْبِىِّ ، والنَّخَعِىِّ ، والشافعىِّ ، وأبى عُبَيْدٍ . وعن أحمدَ أنَّ لها المُتْعةَ ، ويَسْقُطُ المهرُ . وهو قولُ أبى حنيفةَ ؛ لأنَّه نِكاحٌ عَرِىَ عن تَسْمِيته ، فوجَبَتْ به المُتْعةُ ، كما لو لم يَفْرِضْ لها . ولَنا ، قولُه تعالى : ﴿ وَإِنْ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمَسُّوهُنَّ وَقَدْ فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ ﴾[١٤] . ولأنَّه مَفْرُوضٌ يَسْتَقِرُّ بالدُّخولِ ، فتَنَصَّفَ بالطَّلاقِ قبلَه ، كالمُسَمَّى فى العَقْدِ .

فصل : ومَنْ وَجَبَ[١٥] لها نِصْفُ المهْرِ ، لم تَجِبْ لها مُتْعةٌ ، سواءٌ كانت ممَّن سُمِّىَ لها صَداقٌ أو لم يُسَمَّ لها ، لكنْ فُرِضَ بعد العَقْدِ . وبهذا قال أبو حنيفةَ ، فى مَن سُمِّىَ لها . وهو قديمُ قَوْلَىِ الشافعىِّ . ورُوِىَ عن أحمدَ : لكلِّ مُطَلَّقةٍ مَتاعٌ . ورُوِىَ ذلك عن علىِّ ابنِ أبى طالبٍ ، والحسنِ ، وسعيدِ بن جُبَيْرٍ ، وأبى قِلابةَ ، والزُّهْرِىِّ ، وقَتادةَ ، والضَّحَّاكِ ، وأبى ثَوْرٍ ؛ لظاهِرِ قولِه تعالى : ﴿ وَلِلْمُطَلَّقَاتِ مَتَاعٌ بِٱلْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى ٱلْمُتَّقِينَ ﴾ . ولقوله تعالى لنَبيِّه ﷺ : ﴿ قُل لِّأَزْوَاجِكَ ﴾ إلى قوله : ﴿ فَتَعَالَيْنَ أُمَتِّعْكُنَّ وَأُسَرِّحْكُنَّ سَرَاحًا جَمِيلًا ﴾[١٦] . وعلى هذه الرِّواية ، لكلِّ مُطلَّقةٍ مَتاعٌ ، سواءٌ كانت مُفَوَّضةً أو مُسَمًّى لها ، مدخولًا بها أو غيرَها ؛ لما ذكَرْنا . وظاهرُ المذهبِ أنَّ المُتْعةَ لا تجبُ إلَّا للمُفَوَّضةِ التى لم يُدْخَلْ بها إذا طُلِّقَتْ . قال أبو بكر : كلُّ مَن رَوَى عن أبى عبدِ الله ، فيما أعلمُ ، رَوَى عنه أنَّه لا يَحْكُمُ بالمُتْعةِ إلَّا لمن لم يُسَمَّ لها مهرٌ ، إلَّا حَنْبلًا ، فإنَّه رَوَى عن أحمدَ أنَّ لكلِّ مُطلَّقةٍ مَتاعٌ . قال أبو بكر : والعملُ عليه عندِى ، لولا تَواتُرُ الرِّواياتِ عنه بخِلافِها . ولَنا : قولُه تعالى : ﴿ لَّا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِن طَلَّقْتُمُ ٱلنِّسَاءَ مَا لَمْ تَمَسُّوهُنَّ أَوْ تَفْرِضُوا۟ لَهُنَّ فَرِيضَةً وَمَتِّعُوهُنَّ ﴾ . ثم قال : ﴿ وَإِنْ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِن قَبْلِ أَنْ تَمَسُّوهُنَّ وَقَدْ فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ ﴾ . فخَصَّ الأُولَى بالمُتْعةِ ،

---

(١٤) سورة البقرة ٢٣٧ .

(١٥) فى م : « أوجب » .

(١٦) سورة الأحزاب ٢٨ . ولم يرد فى ا ، ب ، م : ﴿ سراحا جميلا ﴾ .

والثانيةَ بِنِصْفِ المَفْـرُوضِ ، مع تَقْسِيمـهِ للنساءِ[17] قِسْمَيـنِ ، وإثْباتِـه لكـلِّ قِسْمٍ حُكْمًا ، فيدُلُّ ذلك على اخْتصاصِ كلِّ قسمٍ بحُكْمِه ، وهذا يَخُصُّ ما ذكَرُوه . ويَحْتَمِلُ أن يُحْمَلَ الأمرُ بالْمَتاعِ فى غيرِ المُفَوَّضةِ على الاسْتِحْبابِ ؛ لدلالةِ الآيتَيْنِ اللَّتينِ ذكَرْناهما / على نَفْيِ وُجُوبِها ، جَمْعًا بين دلالةِ الآياتِ والمعنى ، فإنَّه عِوَضٌ واجبٌ فى عَقْدٍ ، فإذا سُمِّىَ فيه عِوَضٌ صَحِيحٌ ، لم يَجِبْ غيرُه ، كسائرِ عُقُودِ المُعاوَضةِ ، ولأنَّها لا تجِبُ لها المُتْعةُ قبلَ الفُرْقةِ ، ولا ما يقومُ مَقامَها ، فلم تجِبْ لها عندَ الفُرْقةِ ، كالمُتَوَفَّى عنها زَوْجُها .

١٢٠/٧ظ

فصل : ولو طَلَّقَ المُسَمَّى لها بعدَ الدُّخولِ ، أو المُفَوَّضةَ المَفْـرُوضَ لها بعـد الدُّخُولِ ، فلا مُتْعةَ لواحدةٍ منهما ، إلَّا على روايةِ حَنْبَلٍ . وقد ذكَرْنا ذلك ، وذكَرْنا قولَ مَنْ ذَهَبَ إليه . وظاهرُ المذهبِ : أنَّه لا مُتْعةَ لواحدةٍ منهما ، وهو قولُ أبى حنيفةَ . وللشافعيِّ قَوْلان ، كالرِّوايتَيْنِ ، وقد ذكرنا ذلك . إذا ثَبَتَ هذا ، فإنَّه يُسْتَحَبُّ أن يُمَتِّعَها[18] . نصَّ عليه أحمدُ ، فقال : أنا أُوجِبُها على مَنْ لم يُسَمِّ لها صَداقًا ، فإن كان[19] سَمَّى صَداقًا ، فلا أُوجِبُها عليه ، وأَسْتَحِبُّ أن يُمَتِّعَ وإن سَمَّى لها صَداقًا . وإنَّما اسْتَحَبَّ ذلك لعُمُومِ النَّصِّ الوارِدِ فيها ، ودَلالتِها على إيجابِها ، وقولِ عليٍّ رضى الله عنه ومَنْ سَمَّيْنا من الأئمَّةِ بها ، فلمَّا امْتَنَعَ الوُجُوبُ لدلالةِ الآيتَيْنِ المذْكورَتَيْنِ على نَفْيِ الوُجُوبِ ، ودلالةِ المَعْنَى المذكـور عليـه ، تَعَيَّـنَ حَمْـلُ الأَدِلَّـةِ الدَّالَّـةِ عليها على الاسْتِحْبابِ ، أو على أنه أُرِيدَ بها[20] الخُصُوصُ . وأمَّا المُتَوَفَّى عنها ، فلا مُتْعـةَ لها بالإجْماعِ ؛ لأنَّ النصَّ العامَّ لم يَتَناوَلْها ، وإنَّما تناوَلَ[21] المُطَلَّقاتِ ، ولأنَّها أخَذَتِ

---

(١٧) فى م : « النساء » .

(١٨) فى ب ، م : « يمتعهما » .

(١٩) فى ب زيادة : « قد » .

(٢٠) فى ا ، ب ، م : « به » .

(٢١) فى م : « يتناول » .

العِوَضَ المُسَمَّى لها فى عَقْدِ المُعاوضةِ ، فلم يَجِبْ لها به سِواهُ ، كما فى سائرِ العُقُودِ .

فصل : والْمُتْعةُ تجبُ على كلِّ زَوْجٍ ، لكلِّ زوجةٍ مُفَوَّضةٍ طُلِّقتْ قبلَ الدُّخولِ ، وسَواءٌ فى ذلك الحُرُّ والعبدُ ، والمسلمُ والكافرُ[22] والذِّمِّىُّ ، والحُرَّةُ والأَمَةُ ، والمُسْلِمةُ والذِّمِّيَّةُ . وحُكِىَ عن أبى حنيفةَ : لا مُتْعةَ للذِّمِّيَّةِ . وقال الأَوْزاعىُّ : إن كان الزَّوْجان أو أحَدُهما رَقِيقًا ، فلا مُتْعة . ولَنا ، عُمُومُ النَّصِّ ، ولأنَّها قائمةٌ مَقامَ نِصْفِ المَهْرِ فى حَقِّ مَنْ سُمِّىَ لها[23] ، فتجِبُ لكلِّ زَوْجةٍ على كلِّ زَوْجٍ ، كنِصْفِ المُسَمَّى ، ولأنَّ ما يجبُ من العِوَضِ يَسْتَوِى[24] فيه المُسْلِمُ والكافرُ ، والحُرُّ والعبدُ ، كالمَهْرِ .

فصل : فأمَّا المُفَوَّضةُ المَهْرَ ، وهى التى يتزَوَّجُها على ما شاءَ أحَدُهما، أو التى زَوَّجَها غيرُ أبيها بغيرِ صَداقٍ بغيرِ إذْنِها ، أو التى مهرُها فاسِدٌ ، فإنَّه يجبُ لها مَهْرُ المِثْلِ ، ويتَنَصَّفُ / بالطَّلاقِ قبلَ الدُّخولِ ، ولا مُتْعَةَ لها . هذا ظاهرُ كلامِ الخِرَقِىِّ . وقد صَرَّحَ به فى التى مَهْرُها فاسدٌ . وهو مذهبُ الشافعىِّ . وعن أحمدَ ، أنَّ لها المُتْعةَ دون نِصْفِ المهرِ ، كالمُفَوَّضةِ البُضْعَ . وهو مذهبُ أبى حنيفةَ ؛ لأنَّه خَلَا عَقْدُها من تَسْمِيَةٍ صحيحةٍ ، فأشْبَهتِ التى لم يُسَمَّ لها شىءٌ . ولَنا ، أنَّ هذه لها مَهْرٌ واجبٌ قبلَ الطَّلاقِ ، فوجَبَ أن يتَنَصَّفَ ، كما لو سَمَّاه . أو نقول : لم تَرْضَ بغيرِ صَداقٍ ، فلم تَجب المُتْعةُ ، كالمُسَمَّى لها . وتُفارِقُ التى رَضِيَتْ بغيرِ عِوَضٍ ؛ فإنَّها رَضِيَتْ[25] بغير صداقٍ ، وعادَ بُضْعُها سَلِيمًا ، فعُوِّضَتِ المُتْعَةَ ، بخلافِ مسألَتِنا .

١٢١/٧و

فصل : وكلُّ فُرْقةٍ يتَنَصَّفُ بها المُسَمَّى ، تُوجِبُ المتعةَ ، إذا كانت مُفَوَّضةً ، وما يَسْقُطُ به المُسَمَّى من الفُرَقِ ، كاخْتِلافِ الدِّينِ والفَسْخِ بالرَّضاعِ ونحوِه ، إذا جاء من

---

(٢٢) سقط من : ا ، ب ، م .

(٢٣) سقط من : ب .

(٢٤) فى الأصل : « يجب » .

(٢٥) فى م : « رضيته » .

قِبَلِها ، لا تجبُ به مُتْعةٌ ؛ لأنَّها أُقِيمَتْ مُقامَ نِصْفِ المُسَمَّى ، فسَقَطَتْ فى موضع يَسْقُطُ ، كما تَسْقُطُ الأبدالُ بما يُسْقِطُ مُبْدلَها .

فصل : قال أبو داود : سَمِعْتُ أحمدَ سُئِلَ عن رجلٍ تزوَّجَ امرأةً ، ولم يَكُنْ فَرَضَ لها مَهْرًا ، ثم وَهَبَ لها غُلامًا ، ثم طَلَّقها قبلَ الدُّخولِ . قال : لها المُتْعةُ . وذلك لأنَّ الهِبَةَ لا تَنْقَضِى بها المُتْعةُ ، كما لا يَنْقَضِى بها نِصْفُ المُسَمَّى ، ولأنَّ المُتْعةَ إنَّما تجبُ بالطَّلاقِ ، فلا يَصِحُّ قَضاؤُها قبلَه ، ولأنَّها واجِبةٌ ، فلا تَنْقَضِى بالهِبَةِ ، كالمُسَمَّى .

١٢٠٧ ـ مسألة ؛ قال : (**عَلَى المُوسِعِ[1] قَدَرُهُ ، وَعَلَى المُقْتِرِ قَدَرُهُ ، فأَعْلَاهُ خَادِمٌ ، وأَدْنَاهُ كُسْوَةٌ يَجُوزُ لَهَا أَنْ تُصَلِّىَ فِيهَا ، إِلَّا أَنْ يَشَاءَ هُوَ أَنْ يَزِيدَهَا ، أَو تَشَاءَ هِىَ أَنْ تَنْقُصَهُ**)

وجملةُ ذلك أنَّ المُتْعةَ مُعْتَبرةٌ بحالِ الزَّوْجِ ، فى يَسارِه وإعْسارِه . نَصَّ عليه أحمدُ . وهو وَجْهٌ لأصْحابِ الشافعىِّ . والوجهُ الآخرُ قالوا : هو مُعْتَبَرٌ بحالِ الزَّوْجةِ ؛ لأنَّ المهرَ مُعْتبَرٌ بها ، كذلك المُتْعةُ القائمةُ مَقامَه . ومنهم مَن قال : يُجْزِئُ فى المُتْعةِ ما يَقَعُ عليه الاسمُ ، كما يُجْزِئُ فى الصَّداقِ ذلك . ولَنا ، قولُ الله تعالى : ﴿عَلَى الْمُوسِعِ قَدَرُهُ وَعَلَى الْمُقْتِرِ قَدَرُهُ﴾[2] . وهذا نَصٌّ فى أنَّها مُعْتبَرةٌ بحالِ الزَّوْجِ ، وأنها تَخْتَلِفُ ، ولو أجْزأَ ما يَقَعُ عليه الاسمُ سَقَطَ الاختلافُ ، ولو اعْتُبِرَ بحالِ المرأةِ / لَما كان على المُوسِعِ قَدَرُهُ وعلى المُقْتِرِ قَدَرُه . إذا ثبَت هذا فاخْتلَفتِ الرِّوايةُ عن أحمدَ فيها ؛ فرُوِىَ عنه مثلُ قولِ الخِرَقِىِّ ، أعْلاهَا خَادِمٌ ، هذا إذا كان مُوسِرًا ، وإن كان فقيرًا مَتَّعَها كُسْوَتَها دِرْعًا وخِمارًا وثَوْبًا تُصَلِّى فيه . ونحوَ ذلك قال ابنُ عباسٍ ، والزُّهْرِىُّ ، والحسنُ . قال ابنُ عباسٍ : أعْلَى المُتْعةِ الخادِمُ ، ثم دُونَ ذلك النَّفَقةُ ، ثم دُونَ ذلك الكُسْوةُ . ونحوَ ما ذكَرْنا فى أدْناها قال

١٢١/٧ظ

(١) فى الأصل : « الموسر » .

(٢) سورة البقرة ٢٣٦ .

الثَّوْرِيُّ ، والأَوْزَاعِيُّ ، وعَطاءٌ ، ومالكٌ ، وأبو عُبَيْدٍ ، وأَصْحابُ الرَّأْيِ ، قالوا : دِرْعٌ وخِمارٌ ومِلْحَفَةٌ . والرِّواية الثانية : يُرْجَعُ فى تقديرِها إلى الحاكِمِ . وهو أحدُ قولي الشافعيِّ ؛ لأنَّه أمْرٌ لم يَرِد الشَّرْعُ بتَقْدِيرِه ، وهو ممَّا يَحْتاجُ إلى الاجْتهادِ ، فيجبُ الرُّجُوعُ فيه إلى الحاكِمِ ، كسائرِ المُجْتهَداتِ . وذكر القاضى ، فى « المُجَرَّدِ » روايةً ثالثةً : أنها مُقَدَّرَةٌ بما يُصادِفُ نِصْفَ مهرِ المثلِ ؛ لأنَّها بَدَلٌ عنه ، فيَجِبُ أن تتَقَدَّرَ به . وهذه الرِّوايةُ تَضْعُفُ لِوَجْهَيْنِ ؛ أحدهما ، أنَّ نَصَّ الكتابِ يَقْتَضِى تقديرَها بحالِ الزَّوْجِ ، وتقديرُها بنصْفِ [٣]مَهْرِ المِثْلِ[٣] يُوجِبُ اعتبارَها بحالِ المرأةِ ؛ لأنَّ مهرَها مُعْتَبَرٌ بها لا بزَوْجِها . الثانى ، أنَّا لو قَدَّرْناها بِنِصْفِ المهرِ [٤]لَكانت نِصْفَ المهرِ[٤] ، إذ ليس المهرُ مُعيَّنًا فى شيءٍ ولا المُتْعةُ . ووجهُ قولِ الخِرَقِيِّ قولُ ابنِ عباسٍ : أعْلَى المُتْعةِ الخادِمُ ، ثم دُونَ ذلك الكُسْوَةُ . رواه أبو حَفْصٍ بإسْنادِه[٥] . وقَدَّرَها بكُسْوةٍ تجوزُ لها الصلاةُ فيها ؛ لأنَّ الكُسْوَةَ الواجبةَ بمُطْلَقِ الشَّرْعِ تتَقَدَّرُ بذلك ، كالكُسْوةِ فى الكَفَّارةِ ، والسُّتْرةِ فى الصلاةِ . ورَوَى كُنَيْفٌ السُّلَمِيُّ ، أنَّ عبدَ الرحمن بن عَوْفٍ طَلَّقَ امرأتَهُ تُماضِرَ الكَلْبِيَّةَ ، فحَمَّمَها بجاريةٍ سَوْداءَ . يعنى مَتَّعَها[٦] . قال إبراهيمُ النَّخَعِيُّ : العَرَبُ تُسَمِّى المُتْعةَ التَّحْمِيمَ . وهذا فيما إذا تَشاحَّا فى قَدْرِها ، فإن سَمَحَ لها بزيادةٍ على الخادِمِ ، أو رَضِيَتْ بأقلَّ من الكُسْوةِ ، جاز ؛ لأنَّ الحَقَّ لهما ، لا يَخْرُجُ عنهما ، وهو ممَّا يجوزُ بَذْلُه ، فجاز ما اتَّفقَا عليه ، كالصَّداقِ . وقد رُوِىَ عن الحسنِ بن عليٍّ ، رَضِىَ اللهُ عنهما ، أنَّه مَتَّعَ امرأةً بعَشْرةِ آلافِ دِرْهمٍ ، فقالت :

* مَتاعٌ قَليلٌ من حَبيبٍ مُفارِقِ[٧] *

(٣-٣) فى الأصل ، ا : « المهر » .

(٤-٤) سقط من : ب .

(٥) وأخرجه ابن أبى شيبة ، فى : باب ما قالوا فى أرفع المتعة وأدناها ، من كتاب الطلاق . المصنف ٥ / ١٥٦ ، ١٥٧ .

(٦) أخرجه أبو عبيد ، فى غريب الحديث ٤ / ١٥ .

(٧) أخرجه الدارقطنى ، فى كتاب الطلاق والخلع والإيلاء وغيره . سنن الدارقطنى ٤ / ٣١ . والبيهقى ، فى : باب ما جاء فى إمضاء الطلاق الثلاث وإن كنّ مجموعات ، من كتاب الطلاق . السنن الكبرى ٧ / ٣٣٦ .

١٢٠٨ ـ مسألة ؛ قال : (وَلَوْ طَالَبَتْهُ قَبْلَ الدُّخولِ أنْ يَفرِضَ لَهَا ، أُجْبِرَ عَلَى ذٰلِكَ . فَإنْ فَرَضَ لَهَا مَهرَ مِثْلِهَا لَمْ يَكُنْ لَهَا غَيْرُهُ ، وكَذٰلِكَ إنْ فَرَضَ لَهَا أقَلَّ / مِنْهُ فَرَضِيَتْهُ) ١٢٢/٧و

وجملةُ ذلك أنَّ المُفَوَّضةَ لها المطالبةُ بفَرْضِ المَهْرِ ؛ لأنَّ النكاحَ لا يَخْلُو من المَهْرِ ، فوَجَبَتْ لها المطالبةُ بِبيانِ قَدْرِه. وبهذا قال الشافعيُّ. ولا نعلمُ فيه مُخالِفًا. فإن اتَّفَقَ الزَّوْجانِ على فَرْضِه، جاز ما فَرَضَاه، قَلِيلًا كان أو كثيرًا، سواءٌ كانا عالِمَيْن بمَهْرِ المِثْلِ أو غيرَ عالِمَيْن به. وقال الشافعيُّ فى قولٍ له: لا يَصِحُّ الفَرْضُ بغيرِ[1] مهرِ المثلِ إلَّا مع عِلْمِهما بمَهْرِ المِثْلِ؛ لأنَّ ما يَفْرِضُه[2] بَدَلٌ عن مَهْرِ المِثْلِ، فيَحْتاجُ أن يكونَ المُبْدَلُ[3] مَعْلُومًا. ولَنا، أنَّه إذا فَرَضَ لها كثيرًا، فقد بَذَلَ لها من مالِه فوقَ ما يَلْزَمُه، وإن رَضِيَتْ باليَسِيرِ، فقد رَضِيَتْ بدُونِ ما يَجِبُ لها، فلا تُمْنَعُ من ذلك. وقولُهم: إنَّه بَدَلٌ. غيرُ صحيحٍ؛ فإنَّ البَدَلَ غيرُ المُبْدَلِ، والمَفْروضُ إن كان ناقِصًا فهو بعضُه. وإن كان أكثرَ فهو الواجبُ وزِيادَةٌ، فلا يَصِحُّ جَعْلُه[4] بَدَلًا، ولو كان[4] بدلًا لَما جازَ مع العِلْمِ؛ لأنَّه يُبْدِلُ ما فيه الرِّبَا بجِنْسِه مُتَفاضِلًا، وقد رَوَى عُقْبةُ بن عامرٍ، قال: قال رسولُ الله ﷺ لرَجُلٍ[5]: «أتَرْضَى أنِّى أُزَوِّجُكَ فُلَانَةَ؟» قال: نعم. وقال للمرأةِ: «أتَرْضِينَ أنْ أُزَوِّجَكِ فُلَانًا؟» قالت: نعم. فزَوَّجَ أحَدُهما صاحِبَه، ودَخَلَ عليها، ولم يَفْرِضْ لها صَداقًا، فلما حضَرَتْه الوفاةُ قال: إنَّ رسولَ الله ﷺ زَوَّجَنِى فُلانةَ، ولم يَفرِضْ لها صَداقًا، ولم أُعْطِها شيئًا، وإنِّى قد أعْطَيْتُها عن صَدَاقِها سَهْمِى بخَيْبَرَ، فأخَذَتْ سَهْمَه، فباعَتْه بمائةِ ألْفٍ[6]. فأمَّا إن تَشَاحَّا فيه، ففَرَضَ لها مَهْرَ مثلِها، أو أكثرَ منه، فليس لها المطالبة

---

(١) فى الأصل ، ب ، م : « لغير » .
(٢) فى ب ، م : « فرضه » .
(٣) فى ا : « البدل » .
(٤ – ٤) سقط من : الأصل .
(٥) سقط من : ا ، ب ، م .
(٦) تقدم تخريجه فى صفحة ٩٨ .

بسِوَاه . فإن لم تَرْضَ به ، لم يَسْتَقِرَّ لها حتى تَرْضاه ، فإن طَلَّقَها قبلَ الدُّخولِ ، فليس لها إلَّا المُتْعةُ ؛ لأنَّه لا يَثْبُتُ لها بفَرْضِه ما لم تَرْضَ به ، كحالةِ الابتداءِ . وإن فَرَضَ لها أقلَّ من مَهْرِ المثلِ ، فلها المطالبةُ بتَمامِهِ ، ولا يَثْبُتُ لها ما لم تَرْضَ به . وإن تَشاحَّا ، وارْتَفعا إلى الحاكمِ ، فليس له أن يَفرِضَ لها إلَّا مَهْرَ المِثْلِ ؛ لأنَّ الزِّيادةَ مَيْلٌ عليه ، والنُّقْصانَ ميلٌ عليها ، والعَدْلُ المِثْلُ ، ولأنَّه إنَّما يَفرِضُ بَدَلَ البُضْعِ ، فيُقَدَّرُ به ، كالسِّلْعةِ إذا تَلِفَتْ فرَجَعا فى تَقْويمِها إلى أهلِ الخِبْرةِ . ويُعْتَبَرُ مَعْرِفةُ مَهْرِ المِثْلِ ليُتَوَصَّلَ إلى إمْكانِ فَرْضِه . ومتى صَحَّ الفَرْضُ صار كالمُسَمَّى فى العَقْدِ ، فى أنَّه يتَنَصَّفُ بالطلاقِ ، / ولا تجبُ المُتْعةُ معه . وإذا فَرَضَه الحاكمُ ، لَزِمَ ما فَرَضَه ، سواءٌ رَضِيَتْه أو لم تَرْضَه . كما يَلْزَمُ ما حَكَمَ به .

١٢٢/٧ظ

فصل : وإن فَرَضَ لها أجْنَبِىٌّ مَهْرَ مِثْلِها ، فرَضِيَتْه ، لم يَصِحَّ فَرْضُه ، وكان وُجُودُه كعَدَمِه ؛ لأنَّه ليس بزَوْجٍ ولا حاكمٍ . فإن سَلَّمَ إليها ما فَرَضَه لها ، فرَضِيَتْه ، احْتَمَلَ أن لا يَصِحَّ ؛ لما ذكَرْنا ، ويكونُ حُكْمُها حُكْمَ مَنْ لم يَفرِضْ لها ، ويَسْتَرْجِعُ ما أعْطاها ؛ لأنَّ تَصرُّفَه ما صَحَّ[7] ، ولا بَرِئَتْ به ذِمّةُ الزَّوْجِ . ويَحْتَمِلُ أن يَصِحَّ ؛ لأنَّه يقومُ مَقامَ الزَّوْجِ فى قَضاءِ المُسَمَّى ، فيقومُ مَقامَه فى قضاءِ ما يُوجِبُه العَقْدُ غيرِ المُسَمَّى . فعلى هذا ، إذا طُلِّقَتْ قبلَ الدُّخولِ ، رَجَعَ نِصْفُه إلى الزَّوْجِ ؛ لأنَّه مَلَّكَه إيَّاه حين قَضَى به دَيْنًا عليه ، فيَعُودُ إليه ، كما لو دَفَعَه هو . ولأصْحابِ الشافعىِّ مثلُ هٰذَيْنِ الوَجْهيْنِ ، وذكَرُوا وَجْهًا ثالثًا ، (8أنَّه يَرْجِعُ نِصْفُه إلى الأجْنَبِىِّ . وذكَرَه القاضى وَجْهًا لنا ثالثًا8) . وقد ذكَرْنا ما يَدُلُّ على صِحَّةِ ما قُلْناه . ولو أنَّ رَجُلًا قَضَى المُسَمَّى عن الزَّوجِ ، صَحَّ ، ثم[9] إن طَلَّقَها الزَّوْجُ قبلَ الدُّخولِ ، رَجَعَ نِصْفُه إليه ، وإن فَسَخَتْ نِكاحَ نَفْسِها بفِعْلٍ من جِهَتِها ، رَجَعَ جَمِيعُه إليه . وعلى الوجهِ الآخرِ ، يَرْجِعُ إلى مَن قَضَاه . واللهُ أعلمُ .

---

(7) فى ب : « يصح » .

(8-8) سقط من : الأصل . نقل نظر .

(9) سقط من : الأصل .

فصل : ويَجِبُ المهرُ للمُفَوّضةِ بالعَقْدِ ، وإنّما يَسْقُطُ إلى المُتْعةِ بالطّلاقِ . وهذا مذهبُ أبي حنيفةَ . واختلفَ أصحابُ الشافعيِّ ؛ فمنهم مَن قال : الصحيحُ أنَّه يجبُ بالعقدِ . وقال بعضُهم : لا يجبُ بالعقدِ ، قولًا واحدًا . ولا يجيءُ على أصلِ الشافعيِّ غيرُ هذا ؛ لأنَّه لو وَجَبَ بالعَقْدِ لَتنصَّفَ بالطَّلاقِ ، كالمُسَمَّى في العَقْدِ . ولَنا ، أنَّها تَمْلِكُ المطالبةَ به ، فكان واجبًا ، كالمُسَمَّى ، ولأنَّه لو لم يَجبْ بالعَقْدِ ، لَما اسْتَقَرَّ[10] بالموتِ ، كما في العَقْدِ الفاسدِ ، ولأنَّ النكاحَ لا يجوزُ أن يَخْلُوَ عن المَهْرِ ، والقولُ بعَدَمِ وُجوبه يُفْضِي إلى خُلُوِّه عنه ، وإلى أنَّ النكاحَ انْعَقَدَ صحيحًا ومَلَكَ الزوجُ الوطءَ ولا مَهرَ فيه ، وإنَّما لم يتَنَصَّفْ ؛ لأنَّ اللهَ تعالى نَقَلَ غيرَ المُسَمَّى لها بالطَّلاقِ إلى المُتْعةِ ، كما نَقَلَ مَن سَمَّى لها إلى نِصْفِ المُسَمَّى لها . واللهُ أعلمُ . فعلَى هذا لو فَوَّضَ[11] الرجلُ مَهرَ أَمَتِه ، ثم أعْتَقَها أو باعَها ، ثم فُرِضَ لها المهرُ ، كان لمُعْتِقِها أو بائِعِها ؛ لأنَّ المهرَ وَجَبَ بالعقدِ في مِلْكِه [12]وإنَّما الفَرْضُ عنه[12] . ولو فَوّضَتِ المرأةُ نَفْسَها ، ثم طالبَتْ بفَرْضِ مَهْرِها بعدَ تغَيُّرِ مَهْرِ مِثْلِها ، أو دَخَلَ بها ، لَوَجَبَ مهرُ مِثْلِها حالَةَ / العَقْدِ ؛ لما ذكَرْناه . ووافَقَ أصحابُ[13] الشافعيِّ على ذلك ؛ لأنَّ الوُجوبَ يَسْتَنِدُ إلى حالةِ العَقْدِ ، إلَّا في الأَمَةِ التي أعْتَقَها أو باعَها ، في أحدِ الوَجْهَيْنِ .

١٢٣/٧ و

فصل : ويجوزُ الدُّخولُ بالمرأةِ قبلَ إعْطائِها شيئًا ، سواءٌ كانت مُفَوّضةً أو مُسَمًّى لها . وبهذا قال سعيدُ بن المُسَيَّبِ ، والحسنُ ، والنَّخَعيُّ ، والثَّوْرِيُّ ، والشافعيُّ . ورُوِيَ عن ابنِ عباسٍ ، وابنِ عمرَ ، والزُّهْرِيِّ ، وقَتادةَ ، ومالكٍ : لا يَدْخُلُ بها حتى يُعْطِيَها شيئا . [14]قال الزهريُّ : مَضَتِ السُّنَّةُ أنْ لا يَدْخُلَ بها حتى يُعْطِيَها شيئا[14] . قال ابنُ عباسٍ :

(١٠) في الأصل : « استقرت » .

(١١) في م ، والأصل : « فرض » .

(١٢ - ١٢) سقط من : ا ، ب ، م .

(١٣) سقط من : ب .

(١٤ - ١٤) سقط من : الأصل .

يَخْلَعُ إحْدَى نَعْلَيْه ، ويُلْقِيها إليها[١٥] . وقد رَوَى أبو داودَ[١٦] ، بإسنادِه عن رَجُلٍ من أصْحابِ النَّبِيِّ ﷺ ، أنَّ عَلِيًّا لما تَزَوَّجَ فاطمةَ ، أراد أن يَدْخُلَ بها ، فمَنَعه رسولُ اللهِ ﷺ حتى يُعْطِيَهَا شيئا ، فقال : يا[١٧] رسولَ اللهِ ، ليس لى شىءٌ . فقال له النبىُّ ﷺ : « أَعْطِها دِرْعَكَ » . فأعْطاها دِرْعَه ، ثم دَخَلَ بها . ورواه ابنُ عباسٍ أيضًا ، قال : لما تزوَّجَ علىٌّ فاطمةَ ، قال له رسولُ اللهِ ﷺ : « أعْطِهَا شَيْئًا » . قال : ما عِنْدِى . قال : « أيْنَ دِرْعُكَ الحُطَمِيَّةُ[١٨] ؟ » . رَواه أبو داودَ ، والنَّسائىُّ[١٩] . ولَنا ، حَدِيثُ عُقْبَةَ بن عامرٍ ، فى الذى زَوَّجَه النَّبِيُّ ﷺ ، ودَخَلَ بها[٢٠] ولم يُعْطِها شيئًا[٢١] . ورَوَتْ عائشةُ ، قالتْ : أمَرَنِى رسولُ اللهِ ﷺ أن أُدْخِلَ امرأةً على زَوْجِها ، قبلَ أن يُعْطِيَهَا شيئًا . رواه ابنُ ماجه[٢٢] . ولأنَّه عِوَضٌ فى عَقْدِ مُعاوَضةٍ ، فلم يَقِفْ جَوازُ تَسْلِيمِ المُعَوَّضِ[٢٣] على قَبْضِ شىءٍ منه ، كالثمنِ فى البَيْعِ ، والأُجْرَةِ فى الإجارَةِ . وأمَّا الأخْبارُ فمَحْمُولةٌ على الاسْتِحْبابِ ، فإنَّه يُسْتَحَبُّ أن يُعْطِيَهَا قبلَ الدُّخولِ شيئًا ، مُوافقةً للأخْبارِ ، ولعادَةِ الناسِ فيما بينهم ، ولِتَخْرُجَ المُفَوَّضةُ عن شِبْهِ المَوْهُوبةِ ،

---

(١٥) أخرجه سعيد بن منصور ، فى : باب ما جاء فى الرجل يتزوج المرأة فيدخل بها قبل أن يفرض شيئا . السنن ١ / ١٩٩ .

(١٦) فى : باب فى الرجل يدخل بامرأته قبل أن ينقدها شيئا ، من كتاب النكاح . سنن أبى داود ١ / ٤٩٠ ، ٤٩١ .

(١٧) سقط من : م .

(١٨) سميت بذلك لأنها تحطم السيوف .

(١٩) أخرجه أبو داود ، فى : باب فى الرجل يدخل بامرأته قبل أن ينقدها شيئا ، من كتاب النكاح . سنن أبى داود ١ / ٤٩٠ . والنسائى ، فى : باب تحلة الخلوة ، من كتاب النكاح . المجتبى ٦ / ١٠٥ .
كما أخرجه الإمام أحمد ، فى : المسند ١ / ٨٠ .

(٢٠) فى ا ، ب ، م : « عليها » .

(٢١) تقدم تخريجه فى صفحة ٩٨ .

(٢٢) فى : باب الرجل يدخل بأهله قبل أن يعطيها شيئا ، من كتاب النكاح . سنن ابن ماجه ١ / ٦٤١ .
كما أخرجه أبو داود ، فى : باب الرجل يدخل بامرأته قبل أن ينقدها شيئا ، من كتاب النكاح . سنن أبى داود ١ / ٤٩١ .

(٢٣) فى م : « العوض » .

وليكونَ ذلك أقْطَعَ للخُصُومةِ . ويُمْكِنُ حَمْلُ قولِ ابنِ عباسٍ ومَنْ وافَقَه على الاسْتِحْبابِ ، فلا يكونُ بين القَوْلَيْنِ فَرْقٌ . واللهُ أعلمُ .

١٢٠٩ – مسألة ؛ قال : (وَلَوْ مَاتَ أَحَدُهُمَا قَبْلَ الْإِصَابَةِ ، وَقَبْلَ الفَرْضِ ، وَرِثَهُ صَاحِبُهُ ، وَكَانَ لَهَا مَهْرُ نِسَائِهَا)

أمَّا المِيراثُ فلا خلافَ فيه ؛ فإنَّ اللهَ تعالى فَرَضَ لكلِّ واحدٍ من الزَّوْجَيْنِ فَرْضًا ، وعَقْدُ الزَّوْجِيَّةِ ههنا صحيحٌ ثابتٌ ، فيُورَثُ[١] به ؛ لدُخولِه فى عُمومِ النَّصِّ . وأمَّا الصَّداقُ ، فإنَّه / يَكْمُلُ لها مَهْرُ نِسائِها ، فى الصَّحيحِ من المذهبِ . وإليه ذَهَبَ ابنُ مسعودٍ ، وابنُ شُبْرُمَةَ ، وابنُ أبى لَيْلَى ، والثَّوْرِىُّ ، وإسحاقُ . ورُوِىَ عن علىٍّ ، وابنِ عباسٍ ، وابنِ عمرَ ، والزُّهْرِىِّ ، ورَبيعةَ ، ومالكٍ ، والأوْزاعىِّ : لا مَهْرَ لها ؛ لأنَّها فُرْقةٌ وَرَدَتْ على تَفْويضٍ صحيحٍ قبلَ فَرْضٍ ومَسِيسٍ ، فلم يجبْ بها مهرٌ ، كفُرْقةِ الطلاقِ . وقال أبو حنيفةَ كقولِنا فى المُسْلِمةِ ، وكقولِهم فى الذِّمِّيَّةِ . وعن أحمدَ روايةٌ أخرى ، لا يَكْمُلُ ، ويتَنَصَّفُ . وللشافعىِّ قَوْلان ، كالرِّوايتَيْنِ . ولَنا : ما رُوِىَ أنَّ عبدَ الله بن مسعودٍ ، رَضِىَ اللهُ عنه ، قَضَى لامرأةٍ لم يَفْرِضْ لها زوجُها صَداقًا ، ولم يَدْخُلْ بها حتى مات ، فقال : لها صَداقُ نِسائِها ، لا وَكْسٌ ولا شَطَطٌ ، وعليها العِدَّةُ ، ولها المِيراثُ . فقام مَعْقِلُ بن سِنَانٍ الأشْجَعِىُّ ، فقال : قَضَى رسولُ الله ﷺ فى بَرْوَعَ ابنةِ وَاشِقٍ مثلَ ما قَضَيْتَ[٢] . قال التِّرمِذِىُّ : هذا حديثٌ صحيحٌ . وهو نصٌّ فى مَحَلِّ النزاعِ ، ولأنَّ الموتَ معنًى يَكْمُلُ به المُسَمَّى ، فيَكْمُلُ[٣] به مهرُ المِثْلِ للمُفَوَّضةِ ، كالدُّخولِ . وقياسُ الموتِ على الطلاقِ غيرُ صحيحٍ ؛ فإنَّ الموتَ يَتِمُّ به النكاحُ ، فيَكْمُلُ به الصداقُ ، والطلاقُ يَقْطَعُه ويُزِيلُه قبلَ إتْمامِه ، ولذلك وَجبتِ العِدَّةُ بالموتِ قبلَ الدُّخولِ ، ولم تجبْ

٧/١٢٣ ظ

---

(١) فى ب ، م : « فورث » .

(٢) تقدم تخريجه فى : ٩ / ١٩٢ .

(٣) فى الأصل ، ا ، م : « فكمل » .

بالطلاقِ وكَمَلَ المُسَمَّى بالموتِ ، ولم يَكْمَلْ بالطلاقِ ، وأَمَّا الذِّمِّيَّةُ فإنَّها مُه بالموتِ ، فكَمَلَ لها الصَّداقُ كالمُسْلِمةِ ، أو كما لو سَمَّى لها ، ولأنَّ المُسْلِمةَ والذِّمِّ يخْتَلِفانِ فى الصَّداقِ فى موضعٍ ، فيَجِبُ أن لا يَخْتَلِفَا هٰهُنا .

فصل : قوله : « مَهْرُ نِسائِها » . يعنى مهرَ مثلِها من أقارِبها . وقال مالكٌ : تُعْتَبَرُ بمَنْ هى فى مثلِ جَمالِها[4] ومالِها وشَرَفِها ، ولا يَخْتَصُّ بأقْرِبائِها[5] ؛ لأنَّ الأعْواضَ[6] إنَّما تختلفُ بذلك دُونَ الأقارِبِ . ولَنا ، قولُه فى حديثِ ابن مسعودٍ : لها مَهْرُ نِسائِها[7] . ونساؤُها أقارِبُها . وما ذكَرَه فنحنُ نَشْتَرِطُه ، ونَشْتَرِطُ معه أن تكونَ من نِساءِ[8] أقارِبِها ؛ لأنَّها أقْرَبُ إليهِنَّ . وقوله : لا يَخْتَلِفُ ذلك باختلافِ الأقارِبِ . لا يَصِحُّ ؛ فإن المرأةَ تُطْلَبُ لِحَسَبِها[9] ، كما جاء فى الأثَرِ ، وحَسَبُها يَخْتَصُّ به أقارِبُها ، فيزْدادُ المهرُ لذلك ويَقِلُّ ، وقد يكونُ الحىُّ وأهلُ القَرْيةِ لهم عادةٌ فى الصَّداقِ ، ورَسْمٌ مُقَرَّرٌ ، لا يُشارِكُهم فيه غيرُهم ، ولا يُغَيِّرُونه بتَغَيُّرِ الصِّفاتِ ، فيكونُ الاعتبارُ بذلك دُونَ سائرِ الصِّفاتِ . واخْتلَفتِ الرِّوايةُ عن أحمدَ ، فى مَن يُعْتَبَرُ من أقارِبها ، فقال ، فى رِوايةِ حَنْبَلٍ : لها مهرُ مِثْلِها من نسائِها من قِبَلِ أبيها . فاعْتَبَرها بنساءِ العَصَباتِ خاصَّةً . وهذا مذهبُ الشافعىِّ . وقال ، فى روايةِ إسحاقَ بن هانِئٍ : لها مهرُ نسائِها ، مثل أُمِّها أو أُخْتِها أو عَمَّتِها أو بنتِ عَمِّها . اخْتارَه أبو بكرٍ . وهو مذهبُ أبى حنيفة ، وابنِ أبى ليلى ؛ لأنَّهنَّ من نِسائِها . والأُولَى أَوْلَى ؛ فإنَّه قد رُوِىَ فى قِصَّةِ بَرْوَعَ ، أنَّ رسولَ الله ﷺ قَضَى فى بَرْوَعَ بنتِ واشِقٍ بمثلِ مَهْرِ نِساءِ قَوْمِها[7] . ولأنَّ شَرَفَ المرأةِ مُعْتَبَرٌ فى مَهْرِها ، ١٢٤/٧و

(٤) فى ا ، ب ، م : « كمالها » .

(٥) فى ا : « بأقاربها » .

(٦) فى الأصل ، ا ، ب : « الأعراض » .

(٧) تقدم تخريجه فى : ٩ / ١٩٢ .

(٨) فى الأصل : « نسائها » .

(٩) فى م : « فحسبها » .

وشَرَفُها بنَسَبِها ، وأُمُّها وخالَتُها لا تُساوِيانها فى نَسَبِها ، فلا تُساوِيَانها فى شَرَفِها ، وقد تكون أُمُّها مَوْلاةً وهى شَرِيفةٌ ، وقد تكون أُمُّها قُرَشِيَّةً[10] وهى غيرُ قُرَشِيَّةٍ[10] . وينْبَغِى أن يُعْتَبَرَ الأَقْرَبُ فالأَقْرَبُ ، فأقْرَبُ نساءِ عَصَباتِها إليها أخَواتُها ، ثم عَمَّاتُها ، ثم بناتُ عَمِّها ، الأَقْرَبُ فالأقربُ . ويُعتبرُ أن يَكُنَّ[11] فى مثلِ حالِها ؛ فى دِينِها ، وعَقْلِها ، وجَمالِها ، ويَسارِها ، وبَكارَتِها وثُيُوبَتِها ، وصَراحة نَسَبِها ، وكلِّ ما يَختلفُ لأَجْلِه الصَّداقُ ، وأن يَكُنَّ[11] من أهلِ بَلَدِها ؛ لأنَّ عاداتِ[12] البلادِ[13] تختلفُ فى المَهْرِ . وإنَّما اعْتُبِرتْ هذه[14] الصِّفاتُ [15] كلُّها ؛ لأنَّ مهرَ المِثْلِ إنَّما هو بَدَلُ مُتْلَفٍ . فاعْتُبِرَتِ الصِّفاتُ [15] المقصودةُ فيه . فإن لم يكُنْ فى عَصَبَاتِها مَنْ هو فى مِثْلِ حالِها ، فمِن نِساءِ أرْحامِها ، كأُمِّها[16] وجَدَّاتِها وخالاتِها وبناتِهِنّ ، فإن لم يكُنْ ، فأهلُ بَلَدِها ، فإن لم يكُنْ فنِسَاءُ أقْربِ البُلدانِ إليها ، فإن لم يُوجَدْ إلَّا دُونَها ، زِيدَ لها بقَدْرِ فَضِيلَتِها ، وإن لم يُوجَدْ إلَّا خيرٌ منها ، نَقَصَتْ بقَدْرِ نَقْصِها .

فصل : ولا يجبُ مَهْرُ المِثْلِ إلَّا حالًّا ؛ لأنَّه بَدَلُ مُتْلَفٍ ، فأشْبَهَ قِيَمَ المُتْلَفاتِ . ولا يكونُ إلَّا من نَقْدِ البَلَدِ ؛ لما ذكَرْنا . ولا تَلْزَمُ الدِّيَةُ ، لأنَّها لا تختلفُ باختلافِ صِفاتِ المُتْلَفِ[17] ؛ لأنَّها مُقَدَّرةٌ بالشَّرعِ ، فكانت بحُكْمِ ما جَعَلَه[18] من الحُلُولِ

---

(10) فى ب ، م : « شريفة » .

(11) فى ا ، ب ، م : « تكون » .

(12) فى ب ، م : « عادة » .

(13) فى ب : « البلد » .

(14) سقط من : الأصل .

(15 – 15) سقط من : الأصل . نقل نظر .

(16) فى الأصل : « كأمهاتها » .

(17) فى الأصل : « التلف » .

(18) فى م : « جعل » .

والتَّأْجيلِ ، فلا يعتبرُ بها غيرُها ، (١٩ولأنَّها عُدِلَ بها عن سائرِ الأبْدالِ فى مَن وَجَبَتْ عليه ، فكذلك فى تأجيلِها تَخْفِيفًا عنه ، بخلافِ غيرِها١٩) ، فإن كانت عادةُ نِسائِها تأجيلَ المَهْرِ ، ففيه وَجْهان ؛ أحدهما ، يُفْرَضُ حالًّا ؛ لذلك . والثانى ، يُفْرَضُ مُؤَجَّلًا ؛ لأنَّ مهرَ مِثْلِها مُؤَجَّلٌ . وإن كان عادَتُهم أنَّهم إذا زَوَّجُوا من عَشِيرَتِهم خَفَّفُوا ، وإن زَوَّجُوا غيرَهم ثَقَّلُوا ، اعْتُبِرَ ذلك . وهذا مذهبُ الشافعىِّ ؛ / فإن قيل : فإذا كان مَهْرُ المِثْلِ بَدَلَ مُتْلَفٍ ، يجبُ أن لا يختلفَ باختلافِ المُتْلَفِ(٢٠) ، كسائرِ المُتْلَفاتِ . قُلْنا : النِّكاحُ يُخالِفُ سائرَ المُتْلَفاتِ ، فإنَّ سائرَ المُتْلَفاتِ المَقْصُودُ بها المالِيَّةُ خاصَّةً ، فلم تَخْتِلِفْ باختلافِ (١٩المُتْلِفينَ ، والنكاحُ يُقْصَدُ به أعْيانُ الزَّوْجَيْنِ ، فاخْتَلَفَ باخْتِلافِهم ، ولأنَّ سائرَ المُتْلفاتِ لا تختلفُ باختِلافِ١٩) العوائِدِ ، والمهرُ يختلفُ بالعاداتِ ، فإنَّ المرأةَ إذا كانت من قومٍ عادَتُهم تَخْفِيفُ مُهُورِ(٢١) نسائِهم ، وَجَبَ مهرُ المرأةِ منهم خَفِيفًا ، وإن كانت أفْضَلَ وأشْرَفَ من نساءِ مَنْ عادَتُهم تَثْقِيلُ المهرِ ، وعلى هذا متى كانت عادَتُهم التَّخْفيفَ لمَعْنًى ، مثل الشَّرَفِ أو اليَسَارِ ونحوِ ذلك ، اعْتُبِرَ جَرْيًا على عادَتِهم . واللهُ أعلمُ .

١٢٤/٧ظ

فصل : إذا زَوَّجَ السَّيِّدُ عبدَه أمَتَه ، فقال القاضى : لا يجبُ مهرٌ ؛ لأنَّه لو وجَبَ لَوجبَ لسَيِّدِها ، ولا يجبُ للسَّيِّدِ على عبدِه مالٌ . وقال أبو الخَطَّابِ : يجبُ المُسَمَّى ، أو مهرُ المثلِ إن لم يكن مُسَمًّى ، كيلا يَخْلُوَ النكاحُ عن مهرٍ ، ثم يَسْقُطُ لتَعَذُّرِ إثباتِه . وقال أبو عبد الله : إذا زَوَّجَ عبدَه من أمَتِه ، فأُحِبُّ أن يكونَ بمَهْرٍ وشُهودٍ . قيل : فإن طَلَّقَها ؟ قال : يكونُ الصداقُ عليه إذا أُعْتِقَ . قيل : فإن زَوَّجَها منه بغيرِ مهرٍ ؟ قال : قد اختلَفُوا فيه ، فذَهَبَ جابرٌ إلى أنَّه جائزٌ .

(١٩–١٩) سقط من : ب . نقل نظر .

(٢٠) فى م : « التلف » .

(٢١) فى الأصل : « مهر » .

١٢١٠ ـ مسألة ؛ قال : (وَإذَا خَلَا بِهَا بَعْدَ الْعَقْدِ ، فَقَالَ : لَمْ أطَأْهَا . وَصَدّقَتْهُ ، لَمْ يُلْتَفَتْ إلَى قَوْلِهِمَا ، وَكَانَ حُكْمُهمَا حُكْمَ الدُّخُولِ ، فِي جَمِيع أُمُورِهِمَا ، إلَّا فِي الرُّجُوعِ إلَى زَوْجٍ طَلَّقَهَا ثَلَاثًا ، أوْ فِي الزِّنَى ، فإنَّهُمَا يُجْلَدانِ ، ولَا يُرْجَمَانِ)

وجملةُ ذلك أنَّ الرجلَ إذا خَلَا بامْرأتِه بعدَ العَقْدِ الصَّحِيحِ ، اسْتَقَرَّ عليه مَهْرُها ، ووَجَبَتْ عليها العِدَّةُ ، وإن لم يَطَأْ . رُوِيَ ذلك عن الخلفاءِ الرَّاشِدِينَ ، وزيدٍ ، وابنِ عمرَ . وبه قال عليُّ بن الحسينِ ، وعُرْوةُ ، وعَطاءٌ ، والزُّهْرِيُّ ، والأَوْزَاعيُّ ، وإسْحاقُ ، وأصْحابُ الرَّأْيِ . وهو قديمُ قَوْلَيِ الشافعيِّ . وقال شُرَيحٌ ، والشَّعْبِيُّ ، وطاوُسٌ ، وابنُ سِيرِينَ ، والشافعيُّ في الجديدِ : لا يَسْتَقِرُّ إلَّا بالوَطْءِ . وحُكِيَ ذلك عن ابنِ مسعودٍ ، وابنِ عباسٍ . ورُوِيَ نحوُ ذلك عن أحمدَ . ورَوَى عنه يَعْقُوبُ ابن بختانَ ، أنَّه قال : إذا صَدّقَتْه المرأةُ ، أنَّه لم يَطَأْها ، لم يُكْمِلْ لها الصَّداقَ ، وعليها / العِدَّةُ . وذلك لقولِ الله تعالى : ﴿ وَإِنْ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمَسُّوهُنَّ وَقَدْ فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ ﴾[1] . وهذه قد طَلَّقَها قبلَ أن يَمَسَّها . وقال تعالى : ﴿ وَكَيْفَ تَأْخُذُونَهُ وَقَدْ أَفْضَى بَعْضُكُمْ إِلَى بَعْضٍ ﴾[2] . والإفْضاءُ : الجِماعُ . ولأنَّها مُطَلَّقةٌ لم تُمَسَّ ، أشْبَهَتْ مَن لم يُخْلَ بها . ولَنا : إجْماعُ الصَّحابةِ ، رَضِيَ الله عنهم ، رَوَى الإمامُ أحمدُ ، والأَثْرَمُ ، بإسْنادِهما ، عن زُرارةَ بن أَوْفَى ، قال : قَضَى الخلفاءُ الراشِدُونَ المَهْدِيُّونَ ، أنَّ مَنْ أغْلَقَ بابًا ، أو أرْخَى سِتْرًا ، فقد وَجَبَ المَهْرُ ، ووَجَبتِ العِدَّةُ[3] .

١٢٥/٧ و

---

(١) سورة البقرة ٢٣٧ .

(٢) سورة النساء ٢١ .

(٣) أخرجه البيهقي ، في : باب من قال : من أغلق بابا وأرخى سترا ... ، من كتاب الصداق . السنن الكبرى ٧ / ٢٥٥ ، ٢٥٦ . وابن أبي شيبة ، في : باب إذا أغلق الباب وأرخى الستر ، من كتاب النكاح . المصنف ٤ / ٢٣٥ . وسعيد بن منصور ، في : باب فيما يجب الصداق . السنن ١ / ٢٠٢ . ولم نجده في المسند .

ورواه الأثرم[٤] أيضا ، عن الأحنف ، عن عمرَ وعليٍّ[٥] ، وعن سعيد بن المُسَيَّب . وعن زيد بن ثابتٍ : عليها العِدَّةُ ، ولها الصَّداق كاملًا . وهذه قضايا تَشْتَهِرُ ، ولم يخالِفْهم أحدٌ فى عَصْرِهم ، فكان إجماعًا . وما رَوَوْه عن ابنِ عباسٍ ، لا يَصِحُّ ، قال أحمدُ : يَرْوِيه لَيْثٌ ، وليس بالقَوِىِّ ، وقد رَوَاه حَنْظَلةُ خِلافَ ما رَوَاه لَيْثٌ ، وحَنْظَلةُ أقْوَى من[٦] لَيْثٍ . وحَدِيثُ ابنِ مسعودٍ مُنْقَطِعٌ . قاله ابنُ المُنذرِ . ولأنَّ التَّسْليمَ المُسْتَحقَّ وُجِدَ من جِهَتِها ، فيَسْتَقِرُّ به البَدَلُ ، كما لو وَطِئَها ، أو كما لو أَجَرَتْ دارَها ، أو باعَتْها وسَلَّمَتْها . وأمَّا قولُه تعالى : ﴿ مِن قَبْلِ أَن تَمَسُّوهُنَّ ﴾ . فيَحْتَمِلُ أنَّه كَنَى بالمُسَبَّبِ عن السَّبَبِ ، الذى هو الخَلْوةُ ، بدليلِ ما ذكرناه . وأمَّا قوله : ﴿ وَقَدْ أَفْضَى بَعْضُكُمْ إِلَى بَعْضٍ ﴾ . فقد حُكِىَ عن الفَرَّاءِ ، أنَّه قال : الإِفْضاءُ الخَلْوةُ ، دَخَلَ بها أو لم يَدْخُلْ . وهذا صحيحٌ ؛ فإنَّ الإِفْضاءَ مأخُوذٌ من الفَضَاءِ ، وهو الخالِى ، فكأنَّه قال : وقد خَلَا بعضُكُم إلى بعضٍ . وقولُ الخِرَقِىِّ : حُكْمُهما حكمُ الدُّخُولِ فى جميعِ أُمورِهما . يعنى فى حُكْمِ ما لو وَطِئَها ، من تَكْمِيلِ المَهْرِ ، ووُجُوبِ العِدَّةِ ، وتحْرِيمِ أُخْتِها وأرْبَعٍ سِواها إذا طَلَّقَها حتى تَنْقَضِىَ عِدَّتُها ، وثُبُوتِ الرَّجْعةِ له عليها فى عِدَّتِها . [٧]وقال الثورىُّ[٧] ، وأبو حنيفةَ : لا رَجْعَةَ له عليها ، إذا أقَرَّ أنَّه لم يُصِبْها . ولَنا : قولُه تعالى : ﴿ وَبُعُولَتُهُنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ فِى ذَٰلِكَ ﴾[٨] . ولأنَّها مُعْتَدَّةٌ من نِكاحٍ صحيحٍ ، لم يَنْفَسِخْ نِكاحُها ، ولا كملَ عَدَدُ طَلاقِها ، ولا طَلَّقَها بعِوَضٍ ، فكان له عليها الرَّجْعةُ ، كما لو أصَابَها . ولها عليه نَفَقةُ العِدَّةِ والسُّكْنَى ؛ لأنَّ ذلك لِمَنْ لِزَوْجِها عليها الرَّجْعَةُ . ولا تَثْبُتُ بها الإِباحَةُ / للزَّوْجِ المُطَلِّقِ ثَلاثًا ؛ لقولِ النَّبِىِّ ﷺ لامْرأةِ رِفاعةَ القُرَظِىِّ[٩] : « أتُرِيدِينَ أن

١٢٥/٧ظ

(٤) سقط من : ا ، ب ، م .
(٥) وأخرجه البيهقى ، فى الموضع السابق .
(٦) سقط من : م .
(٧-٧) سقط من : الأصل .
(٨) سورة البقرة ٢٢٨ .
(٩) فى م : « القرشى » . تحريف .

تَرْجِعِى إلى رِفَاعةَ؟، لَا حَتَّى تَذُوقِى عُسَيْلَتَه ويَذُوقَ عُسَيْلَتَكِ »[10] . ولا الإِحْصَانُ ؛ لأنَّه يُعْتَبَرُ لإِيجابِ الحَدِّ، والحُدُودُ تُدْرَأُ بالشُّبُهاتِ ، ولا الغُسْلُ، لأنَّ مُوجباتِ[11] الغُسْلِ خَمْسةٌ ، وليس هذا منها . ولا يَخْرُجُ به من العُنَّةِ ؛ لأنَّ العُنّةَ العَجْزُ عن الوَطْءِ ، فلا يَزُولُ إلَّا بحَقِيقةِ الوَطْءِ . ولا تَحْصُلُ به الفَيْئَةُ ، لأنَّها الرُّجُوعُ عمَّا حَلَفَ عليه ، وإنَّما حَلَفَ على تَرْكِ الوَطْءِ ، ولأنَّ حَقَّ المرأةِ لا يَحْصُلُ إلَّا بنَفْسِ الوَطْءِ . ولا تَفْسُدُ به العِباداتُ . ولا تَجِبُ به الكَفَّارَةُ . وأمَّا تَحْرِيمُ الرَّبِيبةِ ، فعن أحمدَ ، أنَّه يَحْصُلُ بالخَلْوةِ . وقال القاضى، وابنُ عَقِيلٍ : لا تُحَرِّمُ . وحَمَلَ القاضى كلامَ أحمدَ على أنَّه حَصَلَ مع الخَلْوةِ نَظَرٌ أو مُباشَرَةٌ ، فيُخَرَّج كلامُه على إحدَى الرِّوايتَيْنِ ، فى أنَّ ذلك يُحَرِّمُ . والصحيحُ أنَّها[12] لا تُحَرِّمُ ؛ لقولِ اللهِ تعالى : ﴿ فَإِن لَّمْ تَكُونُواْ دَخَلْتُم بِهِنَّ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ ﴾[13] . والدُّخولُ كِنايةٌ عن الوَطْءِ ، والنَّصُّ صريحٌ فى إباحَتِها بدُونِه ، فلا يَجُوزُ خِلافُه .

١٢١١ ـ مسألة ؛ قال : (وَسَوَاءٌ خَلَا بِهَا وَهُمَا مُحْرِمَانِ ، أو صَائِمَانِ ، أو حَائِضٌ ، أَوْ سَالِمَانِ مِنْ هٰذِهِ الْأَشْيَاءِ)

اخْتلَفتِ الرِّوايةُ عن أحمدَ ، فيما إذا خَلَا بها ، وبهما أو بأحَدِهما مانعٌ من الوَطْءِ ، كالإِحْرامِ والصِّيامِ والحَيْضِ والنِّفاسِ ، أو مانِعٌ حقِيقىٌّ ، كالجَبِّ والعُنَّةِ ، أو الرَّتَقِ فى المرأةِ ، فعنه أنَّ الصَّداقَ يَسْتَقِرُّ بكلِّ حالٍ . وبه قال عَطاءٌ ، وابنُ أبى لَيْلَى ، والثَّوْرِىُّ ؛ لعُمومِ ما ذكَرْناه من الإِجماعِ . وقال عمرُ ، فى العِنِّينِ : يُؤَجَّلُ سَنَةً ، فإن هو غَشِيَها ،

١

(١٠) تقدم تخريجه فى صفحة ٥٣ .

(١١) فى ب : « موجب » .

(١٢) فى م : « أنه » .

(١٣) سورة النساء ٢٣ .

وإلَّا أخذَتِ الصَّداقَ كاملًا ، وفُرِّقَ بينهما ، وعليها العِدَّةُ[1] . ولأنَّ التَّسْلِيمَ المُسْتَحَقَّ عليها قد وُجِدَ ، وإنَّما الحَيْضُ والإِحْرامُ والرَّتَقُ من غير جِهَتِها ، فلا يُؤَثِّرُ فى المهرِ ، كما لا يُؤَثِّرُ فى إسْقاطِ النَّفَقةِ . ورُوِىَ أنَّه لا يَكْمُلُ به[2] الصَّدَاقُ ، وهو قولُ شُرَيْحٍ ، وأبى ثَوْرٍ ؛ لأنَّه لم[3] يتَمَكَّنْ من تَسَلُّمِها ، فلم تَسْتَحِقَّ عليه [4]مَهْرًا بمَنْعِها[4] ، كما لو مَنَعَتْ تسلِيمَ نَفْسِها إليه ، يُحَقِّقُه أنَّ المَنْعَ من التَّسْليمِ لا فَرْقَ بين كَوْنِه من أجْنَبِىٍّ أو من العاقِدِ، كالإجَارةِ. وعن أحمدَ، روايةٌ ثالثة: إن كانا صائِمَيْنِ صَوْمَ رَمضان، لم يَكْمُل الصَّداقُ ، وإن كان غيرَه ، كَمَلَ . قال أبو داودَ : سَمِعْتُ أحمدَ ، وسُئِلَ عن / رجلٍ دَخَلَ على أهْلِه ، وهما صائمانِ فى غيرِ رَمضانَ ، فأغْلقَ البابَ ، وأرْخَى السِّتْرَ ؟ قال : وَجَبَ الصَّداقُ . قيل لأحمدَ : فشَهْرُ رَمضانَ ؟ قال : شَهْرُ رَمضانَ خِلافٌ لهذا . قيل له : فكان مُسافِرًا فى رَمضانَ . قال : هذا مُفْطِرٌ . يعنى وَجَبَ الصداقُ . وهذا يَدُلُّ على أنَّه متى كان المانِعُ مُتأَكِّدًا ، كالإحْرامِ وصَوْمِ رَمضانَ ، لم يَكْمُلِ الصَّداقُ . وقال القاضى : إن كان المانعُ لا يَمْنَعُ دَوَاعِىَ الوَطْءِ ، كالجَبِّ ، والعُنَّةِ ، والرَّتَقِ ، والمَرَضِ ، والحَيْضِ ، والنِّفاسِ ، وَجَبَ الصَّداقُ ، وإن كان يَمْنَعُ دَواعِيَه ، كالإحْرامِ ، وصِيامِ الفَرْضِ ، فعلى رِوَايتَيْنِ . وقال أبو حنيفةَ : إن كان المانعُ من جِهَتِها ، لم يَسْتَقِرّ الصَّداقُ ، وإن كان من جهتِه ؛ صيامُ فَرْضٍ أو إحْرَامٌ ، لم يَسْتَقِرَّ الصَّداقُ أيضا[5] ، وإن كان جَبًّا أو عُنَّةً ، كَمَلَ الصَّداقُ ؛ لأنَّ المانِعَ[6] من جِهَتِه ، وذلك لا يَمْنَعُ وُجُودَ التَّسْليمِ المُسْتَحَقِّ منها ، فكَمَلَ حَقُّها ، كما يَلْزَمُ الصَّغِيرَ نَفَقةُ امْرَأتِه إذا سَلَّمَتْ نَفْسَها إليه .

١٢٦/٧و

---

(١) تقدم تخريجه فى صفحة ٨٢ .

(٢) سقط من : الأصل .

(٣) فى م : « لا » .

(٤ - ٤) فى الأصل ، ا : « مهرها » . وفى ب : « مهرا منعها » .

(٥) سقط من : م .

(٦) فى الأصل ، ا : « المنع » .

فصل : وإن خَلَا بها ، وهى صغيرةٌ لا يُمْكِنُ وَطْؤُها ، أو كانت كبيرةً فمنَعَتْه نَفْسَها ، أو كان أعْمَى فلم يَعْلَمْ بدُخولِها عليه[7] ، لم يَكْمُلْ صَدَاقُها . نَصَّ عليه أحمدُ ، فى المَكْفُوفِ يتزوَّجُ المرأةَ ، فأدْخِلَتْ عليه ، فأُرْخِىَ السِّتْرُ وأُغْلِقَ البابُ ، فإن كان لا يَعْلَمُ بدُخولِها[8] عليه ، فلها نِصْفُ الصَّداقِ[9] ، وأوْمأَ إلى أنَّها إذا نَشَزَتْ عليه ، أو مَنَعَتْه نَفْسَها ، لا يَكْمُلُ صَداقُها . وذكَره ابنُ حامدٍ . وذلك لأنَّه لم يُوجَد التَّمْكِينُ من جَهتِها ، فأشْبَهَ ما لو لم يَخْلُ بها . وكذلك إن خَلَا بها ، وهو طِفْلٌ لا يتمَكَّنُ من الوَطْءِ ، لم يَكْمُلِ الصَّداقُ ؛ لأنَّه فى معنى الصَّغيرةِ فى عَدَمِ التَّمَكُّنِ[10] من الوَطْءِ .

فصل : والخَلْوةُ فى النِّكاحِ الفاسدِ لا يجبُ بها شىءٌ من المهرِ ؛ لأنَّ الصَّداقَ لم يَجِبْ بالعَقْدِ ، وإنَّما يُوجِبُه الوَطْءُ ، ولم يُوجَدْ ، ولذلك لا يَتَنَصَّفُ بالطَّلاقِ قبلَ الدُّخولِ ، فأشْبَهَ ذلك الخَلْوةَ بالأجْنَبيَّةِ . وقد رُوِىَ عن أحمدَ ما يَدُلُّ على أنَّ الخَلْوةَ فيه كالخَلْوةِ فى الصَّحِيحِ ؛ لأنَّ الابْتذالَ[11] بالخَلْوةِ فيه كالابْتذالِ[12] بذلك فى النِّكاحِ الصَّحيحِ . فيتقَرَّرُ به المهرُ كالصَّحيحِ ، والأُولَى[13] أَوْلَى .

فصل : فإن اسْتَمْتَعَ بامْرأتِه بمُباشَرَةٍ فيما دُونَ الفَرْجِ ، من غيرِ خَلْوةٍ ، كالقُبْلَةِ ونحوِها ، فالمَنْصوصُ عن أحمدَ ، / أنَّه يَكْمُلُ به الصَّداقُ ؛ فإنَّه قال : إذا أخَذَها ، فمَسَّها ، وقَبَضَ عليها ، من غيرِ أن يَخْلُوَ بها ، لها الصَّداقُ كامِلًا إذا نال منها شيئًا لا يَحِلُّ لغيرِه . وقال فى رِوايةِ مُهَنَّا : إذا تزوَّجَ امرأةً ، ونَظَرَ إليها وهى عُرْيانةٌ تَغْتَسِلُ ، أُوجِبُ عليه المَهْرَ . ورَواه عن إبراهيمَ : إذا اطَّلَعَ منها على ما يحرُمُ على غيرِه ، فعليه المَهْرُ ؛ لأنَّه نَوْعُ

٧/١٢٦ظ

(٧) فى الأصل : « إليه » .
(٨) فى ب : « دخولها » .
(٩) فى الأصل : « المهر » .
(١٠) فى ا ، م : « التمكين » .
(١١) فى م : « الابتداء » .
(١٢) فى م : « كالابتداء » .
(١٣) فى الأصل : « والأول » .

اسْتِمتاعٌ ، فهو كالقُبْلَةِ . قال القاضى : يَحْتَمِلُ أنَّ هذا يَنْبَنِى على ثُبُوتِ تَحْرِيمِ المُصاهَرةِ بذلك ، وفيه رِوَايتان ، فيكونُ فى تَكْمِيلِ الصَّداقِ به وَجْهان ؛ أحدهما ، يَكْمُلُ به الصَّداقُ ؛ لما رَوَى الدَّارَقُطْنِيُّ (١٤) ، عن محمدِ بن عبد الرحمنِ بن ثَوْبانَ ، قال : قال رسولُ الله ﷺ : « مَنْ كَشَفَ خِمارَ امْرَأةٍ ، ونَظَرَ إلَيْهَا ، وَجَبَ الصَّدَاقُ ، دَخَلَ بِهَا ، أوْ لَمْ يَدْخُلْ » . ولأنَّه مَسِيسٌ ، فيدْخُلُ فى قوله : ﴿ مِن قَبْلِ أَنْ تَمَسُّوهُنَّ ﴾(١٥) . ولأنَّه استِمتاعٌ بامْرَأتِه ، فكَمَلَ به الصَّداقُ ، كالوَطْءِ . والوَجْهُ الآخرُ : لا يَكْمُلُ به الصَّداقُ . وهو قولُ أكثرِ الفُقهاءِ ؛ لأنَّ قولَه تعالى : ﴿ تَمَسُّوهُنَّ ﴾ . إنَّما أُرِيدَ به فى الظَّاهرِ الجِماعُ ، ومُقْتَضَى قولِه : ﴿ وَإِن طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِن قَبْلِ أَنْ تَمَسُّوهُنَّ ﴾ . أن لا يَكْمُلَ الصَّداقُ لغيرِ مَنْ وَطِئَها ، ولا تجِبُ عليها العِدَّةُ ، تُرِكَ عُمُومُه فى مَن خَلَا بها ، للإجْماعِ الواردِ عن الصَّحابةِ ، فيَبْقَى فيما عَدَاه على مُقْتَضَى العُمُومِ .

فصل : إذا دَفَعَ زَوْجَته ، فأذْهَبَ عُذْرَتَها ، ثم طَلَّقَها قبلَ الدُّخولِ ، فليس عليه إلَّا نِصْفُ صَداقِها ، وقال أبو يوسفَ ، ومحمدٌ : عليه الصَّداقُ كاملًا ؛ لأنَّه أذْهَبَ عُذْرَتَها فى نِكاحٍ صحيحٍ ، فكان عليه المَهْرُ كاملًا ، كما لو وَطِئَها . ولَنا ، قولُ الله تعالى : ﴿ وَإِن طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمَسُّوهُنَّ وَقَدْ فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ ﴾(١٥) . وهذه مُطَلَّقةٌ قبلَ المَسيسِ ، فأشْبَهَ ما لو لم يَدْفَعْها ، ولأنَّه أتْلَفَ ما يَسْتَحِقُّ إتْلافَه بالعَقْدِ ، فلم يَضْمَنْه لغيرِه ، كما لو أتْلَفَ عُذْرَةَ أمَتِه . ويتَخَرَّجُ أن يَجِبَ لها الصَّداقُ كاملًا ؛ لأنَّ أحمدَ قال : إن فَعَلَ ذلك أجْنَبِيٌّ ، عليه الصَّداقُ . ففيما إذا فَعَلَه الزوجُ أوْلَى ، فإنَّ ما يجبُ به الصَّداقُ ابْتِداءً أحَقُّ بتَقْرِيرِ الصَّداقِ(١٦) . ونَصَّ أحمدُ فى مَن

---

(١٤) فى : باب المهر ، من كتاب النكاح . سنن الدارقطنى ٣ / ٣٠٧ .

(١٥) سورة البقرة ٢٣٧ .

(١٦) فى ب ، م : « المهر » .

أَخَذَ امرأتَه ، وقَبَضَ عليها ، وفى مَن نَظَرَ إليها وهى عُريانة : عليه الصداقُ كاملًا . فهذا أَوْلَى .

فصل : وإن دَفَعَ امرأةً أجنبيةً ، فأَذْهَبَ عُذْرَتَها ، أو فَعَلَ / ذلك بإصْبَعِه أو غيرِها ، ١٢٧/٧ و فقال أحمدُ : لها صداقُ نِسائِها . وقال : إن تزوَّجَ امرأةً عَذْراءَ ، فدَفَعَها هو وأَخُوه ، فأذْهَبَا عُذْرَتَها ، ثم طَلَّقَها قبلَ الدُّخولِ ، فعلى الزَّوْجِ نِصْفُ الصَّداقِ ، وعلى الأخِ نصفُ العَقْرِ[١٧] . ورُوِىَ نحوُ[١٨] ذلك عن عليٍّ ، وابنِه الحسنِ ، وعبدِ اللهِ بن مَعْقِلٍ ، وعبدِ الملكِ بن مَرْوانَ . وقال الشافعىُّ : ليس عليه إلَّا أَرْشُ بَكارَتِها ؛ لأنَّه إتْلافُ جُزْءٍ لم يَرِدِ الشرعُ بتَقْديرِ عِوَضِه ، فرُجِعَ فى دِيَتِه إلى الحكُومةِ ، كسائرِ ما لم يُقَدَّرْ[١٩] ، ولأنَّه[٢٠] إذا لم يَكْمُلْ به الصَّدَاقُ فى حَقِّ الزَّوْجِ ، ففى حَقِّ الأجْنَبِىِّ أَوْلَى . ولَنا ، ما رَوَى سعيدٌ ، قال[٢١] : حدثنا هُشَيْمٌ ، حدثنا مُغِيرةُ ، عن إبراهيمَ ، أنَّ رَجُلًا كانتْ عندَه يَتِيمةٌ ، فخافَتِ امرأتُه أن يتزوَّجَها ، فاسْتعانَتْ بِنسْوةٍ فاضْطَبَنَّها[٢٢] لها ، فأفْسَدَتْ عُذْرَتَها ، وقالت لِزَوْجِها : إنَّها فَجَرتْ . فأخْبَرَ عَلِيًّا ، رَضِىَ اللهُ عنه ، بذلك ، فأرْسلَ عليٌّ إلى امرأتِه والنِّسْوَةِ ، فلما أَتَيْنَه ، لم يَلْبَثْنَ أن اعْتَرَفْنَ بما صَنَعْنَ ، فقال للحسنِ بن عليٍّ : اقْضِ فيها يا حسن . فقال : الحدُّ على مَن قَذَفَها ، والعَقْرُ عليها وعلى المُمْسِكاتِ . فقال عليٌّ : لو كُلِّفَتِ الإبلُ طَحْنًا لَطَحَنَتْ . وما يَطْحَنُ يومئذٍ بَعِيرٌ . وقال[٢٣] : حدَّثنا هُشَيمٌ ، أخبرنا[٢٤] إسماعيلُ بن سالِمٍ ، حدثنا الشَّعْبِىُّ ، أنَّ جَوارِىَ أرْبَعًا قالتْ

---

(١٧) فى م : « العقد » .

(١٨) سقط من : م .

(١٩) فى م زيادة : « عليه » .

(٢٠) فى م : « لأنه » .

(٢١) فى : باب جامع الطلاق ، من كتاب الطلاق . السنن ٢ / ٨٥ .

(٢٢) فى الأصل : « فضبطنها » . وفى ا ، ب ، م : « فضبطتها » . والمثبت من السنن . واضطبن الشىء : جعله فى ضبنه ، وهو ما بين الكشح والإبط .

(٢٣) فى الباب السابق . السنن ٢ / ٨٥ ، ٨٦ .

(٢٤) فى ا ، م : « قال حدثنا » . وفى ب : « بن » . والمثبت فى : الأصل ، والسنن .

إحْداهُنَّ ، هى رَجُلٌ ، وقالتِ الأُخْرَى ، هى امرأةٌ ، وقالت الثالثةُ ، هى أبو التى[25] زَعَمَتْ أنَّها رَجُلٌ ، وقالت الرابعةُ ، هى أبو التى زعمتْ أنَّها امرأةٌ . فخَطَبَت التى زَعَمتْ أنَّها أبو الرَّجُلِ إلى التى زَعَمتْ أنَّها أبو المرأةِ ، فزَوَّجُوها إيَّاها ، فعَمَدَتْ إليها فأفْسَدَتْها بإصْبَعِها ، فرُفِعَ ذلك إلى عبدِ الملك بن مروانَ ، فجعَل الصَّداقَ بينهنَّ أرْباعًا ، وألْغَى حِصَّةَ التى أمْكَنَتْ من نَفْسِها ، فبَلَغَ[26] عبدَ الله بن مَعْقِلٍ ، فقال[27] : لو وُلِّيتُ أنا ، لجعَلْتُ الصَّداقَ على التى أفْسَدَتِ الجارِيةَ وحدَها . وهذه قصصٌ تَنْتشِرُ فلم تُنْكَرْ ، فكانت إجماعًا ، ولأنَّ إتلافَ العُذْرَةِ مُسْتَحَقٌّ بعَقْدِ النِّكاحِ ، فإذا أتْلَفَه أجنبىٌّ ، وجَبَ المَهْرُ ، كمَنْفَعةِ البُضْعِ .

١٢١٢ – مسألة ؛ قال : (والزَّوْجُ هُوَ الَّذِى بِيَدِهِ عُقْدَةُ النِّكَاحِ ، فَإِذَا طَلَّقَ قَبْلَ الدُّخُولِ ، فَأَيُّهُمَا عَفَا لِصَاحِبِه عَمَّا وَجَبَ لَهُ[1] مِنَ الْمَهْرِ ، وهُوَ جَائِزُ الْأَمْرِ فِى مَالِهِ ، بَرِئَ مِنْهُ صَاحِبُهُ)

١٢٧/٧ ظ اخْتلَف أهلُ العلمِ فى الذى / بيَدِه عُقْدَةُ النكاحِ ، فظاهرُ مذهبِ أحمدَ ، رحمه الله ، أنَّه الزَّوْجُ . ورُوِىَ ذلك عن علىٍّ ، وابنِ عباسٍ ، وجُبَيْرِ بن مُطْعِمٍ ، رَضِىَ الله عنهم ، وبه قال سعيدُ بن المُسيَّبِ ، وشُرَيحٌ ، وسعيدُ بن جُبَيْرٍ ، ونافِعُ بن جُبَيرٍ ، ونافعٌ مَوْلَى ابن عمرَ ، ومُجاهِدٌ ، وإياسُ بن مُعاوِيةَ ، وجابرُ بن زيدٍ ، وابنُ سِيرِينَ ، والشَّعْبِىُّ ، والثَّوْرِىُّ ، وإسْحاقُ ، وأصحابُ الرَّأْىِ ، والشافعىُّ فى الجديدِ . وعن أحمدَ ، أنَّه الوَلِىُّ إذا كان أبا الصَّغيرةِ . وهو قولُ[2] الشافعىِّ القديم ، إذا كان أبًا أو جَدًّا[3] . وحُكِىَ عن

---

(٢٥) فى الأصل : « الذى » .
(٢٦) فى الأصل : « فقال » .
(٢٧) سقط من : الأصل .
(١) فى م : « لها » .
(٢) سقط من : م .
(٣) فى م : « وجدا » .

ابنِ عباسٍ ، وعَلْقَمةَ ، والحسنِ وطاوُسٍ ، والزُّهْرِيِّ ، ورَبِيعَةَ ، ومالكٍ ، أنَّه الوَلِيُّ ؛ لأنَّ الوَلِيَّ بعدَ الطلاقِ هو الذى بيَدِه عُقْدةُ النكاحِ ، لكَوْنِها قد خَرَجَتْ عن يَدِ الزَّوْجِ ، ولأنَّ اللهَ تعالى ذَكَر عَفْوَ النِّساءِ عن نَصِيبِهنَّ ، فينْبَغِى أن يكونَ عَفْوُ الذى بيَدِه عُقْدةُ النكاحِ عنه ، ليكونَ المَعْفُوُّ عنه فى[4] المَوْضِعَيْنِ واحدًا ، ولأنَّ اللهَ تعالى بدأ بخطابِ الأزْواجِ على المُواجَهةِ ، بقوله : ﴿ وَإِنْ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمَسُّوهُنَّ ﴾ ثم قال : ﴿ أَوْ يَعْفُوَ الَّذِى بِيَدِهِ عُقْدَةُ النِّكَاحِ ﴾[5] . وهذا خطابٌ غيرُ حاضرٍ . ولَنا ، ما رَوَى الدَّارَقُطْنِىُّ[6] ، بإسْنادِه عن عمرِو بن شُعَيْبٍ ، عن أبيه ، عن جَدِّه ، عن النَّبِىِّ ﷺ ، أنَّه قال : « وَلِىُّ العُقْدَةِ الزَّوْجُ » . ولأنَّ الذى بِيَدِه عُقْدةُ النكاحِ بعدَ العَقْدِ هو الزَّوْجُ ، فإنَّه يتَمَكَّنُ من قَطْعِه وفَسْخِه وإمْساكِه ، وليس إلى الوَلِىِّ منه شىءٌ ، ولأنَّ اللهَ تعالى قال : ﴿ وَأَن تَعْفُوا أَقْرَبُ لِلتَّقْوَى ﴾[5] والعَفْوُ الذى هو أقْرَبُ إلى التَّقْوَى هو عَفْوُ الزَّوْجِ عن حَقِّه ، أمَّا عَفْوُ الوَلِىِّ عن مالِ المرأةِ ، فليس هو أقْرَبَ للتَّقْوَى[7] ، ولأنَّ المَهْرَ مالٌ للزوجةِ ، فلا يَمْلِكُ الوَلِىُّ هِبَتَه وإسْقَاطَه ، كغيرِه من أمْوالِها وحُقُوقِها ، وكسائرِ الأوْلياءِ ، ولا يَمْتَنِعُ العُدُولُ عن خطابِ الحاضرِ إلى خطابِ الغائبِ ، كقوله تعالى : ﴿ حَتَّى إِذَا كُنْتُمْ فِى الْفُلْكِ وَجَرَيْنَ بِهِمْ بِرِيحٍ طَيِّبَةٍ ﴾[8] . وقال تعالى : ﴿ قُلْ أَطِيعُوا اللَّهَ وَأَطِيعُوا الرَّسُولَ فَإِنْ تَوَلَّوْا فَإِنَّمَا عَلَيْهِ مَا حُمِّلَ وَعَلَيْكُمْ مَا حُمِّلْتُمْ ﴾[9] . فعلى هذا متَى طَلَّقَ الزَّوْجُ قبلَ الدُّخولِ تنَصَّفَ المهرُ بينهما ، فإنْ عفا الزَّوْجُ لها عن النِّصْفِ الذى له ، كَمَلَ لها / الصَّداقُ جَمِيعُه ، وإن عَفَتِ المرأةُ عن النِّصْفِ الذى لها منه ، وتَركَتْ له ١٢٨/٧و

---

(٤) فى ب : « من » .

(٥) سورة البقرة ٢٣٧ .

(٦) فى : باب المهر ، من كتاب النكاح . سنن الدارقطنى ٣ / ٢٧٩ .

(٧) فى ا ، ب ، م : « إلى التقوى » .

(٨) سورة يونس ٢٢ .

(٩) سورة النور ٥٤ .

جميعَ الصَّداقِ ، جاز ، إذا كان العافِى منهما رَشِيدًا جائزًا تَصرُّفُه فى مالِه ، وإن كان صغيرًا ، أو سَفِيهًا ، لم يَصِحَّ عَفْوُه ؛ لأنَّه ليس له التَّصرُّفُ (١٠ فى مالِه ١٠) بِهبَةٍ ولا إسْقاطٍ . ولا يَصِحُّ عَفْوُ الوَلِىِّ عن صَداقِ الزَّوْجةِ ، أبًا كان أو غيرَه ، صغيرةً كانتْ[(١١)] أو كبيرةً . نَصَّ عليه أحمدُ ، فى روايةِ الجماعةِ . ورَوَى عنه ابنُ منصورٍ : إذا طَلَّقَ امرأتَه وهى بِكْرٌ قبلَ أن يَدْخُلَ بها ، فعَفَا أبوها أو زَوْجُها ، ما أرَى عَفْوَ الأبِ إلَّا جائزًا . قال أبو حفصٍ : ما أرَى ما نقَله ابنُ منصورٍ إلَّا قولًا لأبى عبدِ الله قديمًا . وظاهرُ قولِ أبى حَفْصٍ أنَّ المسألَةَ رِوايةٌ واحدةٌ ، وأنَّ أبا عبد الله رَجَعَ عن قولِه بجوازِ عَفْوِ الأبِ . وهو الصحيحُ ؛ لأنَّ مَذْهَبَه أنَّه لا يجوزُ للأبِ إسْقاطُ دُيُونِ وَلَدِه الصغيرِ ، ولا إعْتاقُ عَبِيدِه ، ولا تَصرُّفُه له[(١٢)] إلا بما فيه مَصْلَحَتُه[(١٣)] ، ولا حَظَّ لها فى هذا الإسْقاطِ ، فلا يَصِحُّ . وإن قُلْنا بروايةِ ابن منصورٍ ، لم يَصِحَّ إلَّا بخَمْسِ شَرَائِط ؛ أن يكونَ أبًا ؛ لأنَّه الذى يَلِى مالَها ، ولا يُتَّهَمُ عليه[(١٤)] . الثانى ، أن تكونَ صغيرةً ، ليكونَ وَلِيًّا على مالِها ، فإنَّ الكبيرةَ تَلِى مالَ نَفْسِها . الثالث ، أن تكونَ بِكْرًا لتكونَ غيرَ مُبْتَذَلَةٍ ، ولأنَّه لا يَمْلِكُ تَزْويجَ الثَّيِّبِ وإن كانت صغيرةً ، فلا تكونُ (١٥ وِلَايَتُه عليها ١٥) تامَّةً . الرابع ، أن تكونَ مُطَلَّقةً ؛ لأنَّها قبلَ الطلاقِ مُعَرَّضةٌ لإتْلافِ البُضْعِ . الخامس ، أن تكونَ قبلَ الدُّخولِ ؛ لأنَّ ما بعدَه قد أُتْلِفَ البُضْعُ ، فلا يَعْفُو عن بَدَلِ مُتْلَفٍ . ومذهبُ الشافعىِّ على نحو[(١٦)] هذا ، إلَّا أنَّه يَجْعَلُ الجَدَّ كالأَبِ .

(١٠ - ١٠) سقط من : الأصل .

(١١) سقط من : ا ، ب ، م .

(١٢) فى الأصل ، ا ، ب : « لهم » .

(١٣) فى الأصل ، ا ، ب : « مصلحتهم » .

(١٤) فى ب ، م : « عليها » .

(١٥ - ١٥) فى ا ، ب ، م : « ولايتها عليه » .

(١٦) فى ب ، م زيادة : « من » .

فصل : ولو بانَتِ امرأةُ الصَّغيرِ أو السَّفيهِ أو المجنونِ ، على وَجْهٍ يُسْقِطُ صَداقَها عنهم ، مثل أن تَفْعَلَ امرأتُه ما يَنْفَسِخُ به نِكاحُها ؛ من رَضاعِ مَنْ يَنْفَسِخُ نِكاحُها بَرضاعِه ، أو رِدَّة ، أو بصِفَةٍ[17] ، لطَلَاقٍ من السَّفيه ، أو رَضاعٍ من أجْنَبيَّةٍ لمن يَنْفَسِخُ نِكاحُها بَرضاعِه ، أو نحو ذلك ، لم يكُنْ لوَلِيِّهِم العَفْوُ عن شيءٍ من الصَّداقِ ، رِوايةً واحدةً . وكذلك لا يجوزُ عندَ الشافعيِّ قولًا واحدًا . والفَرْقُ بينهم وبين الصَّغيرةِ أنَّ وَلِيَّها / ١٢٨/٧ ظ أَكْسَبَها المَهْرَ بتَزْويجِها ، وهٰهُنا لم يُكْسِبْه شيئًا ، إنَّما رَجَعَ المَهْرُ إليه بالفُرْقةِ .

فصل : وإذا عَفَتِ المرأةُ عن صَداقِها الذى لها على زَوْجِها ، أو عن بعضِه ، أو وَهَبَتْه له بعدَ قَبْضِه ، وهي جائِزَةُ الأمْرِ فى مالِها ، جازَ ذلك وصَحَّ . ولا نعلمُ فيه خِلافًا ؛ لقولِ اللهِ تعالى : ﴿ إِلَّا أَنْ يَعْفُونَ ﴾ . يعنى الزَّوْجات . وقال تعالى : ﴿ فَإِن طِبْنَ لَكُمْ عَن شَيْءٍ مِّنْهُ نَفْسًا فَكُلُوهُ هَنِيئًا مَّرِيئًا ﴾[18] . قال أحمدُ ، فى رواية المَرُّوذِىِّ : ليس شىءٌ ، قال اللهُ تعالى : ﴿ فَكُلُوهُ هَنِيئًا مَّرِيئًا ﴾ سَمّاهُ غيرَ المَهْرِ تَهَبُه المرأةُ للزَّوْجِ . وقال عَلْقمةُ لِامْرأتِه : هِبِى لى من الهَنِىءِ المَرِىءِ . يعنى من صَداقِها . وهل لها الرُّجوعُ فيما وَهَبَتْ زَوْجَها ؟ فيه عن أحمدَ رواياتٌ[19] ، واختلافٌ بين أهلِ العلمِ ، ذكَرْناه فيما مَضَى .

فصل : إذا طُلِّقَتْ قبلَ الدُّخولِ ، وتَنَصَّفَ المَهْرُ بينهما ، لم يَخْلُ من أن يكونَ دَيْنًا أو عَيْنًا ، فإن كان دينًا لم يَخْلُ إمَّا أن يكونَ دَيْنًا فى ذِمَّةِ الزَّوْجِ لم يُسَلِّمْه إليها ، أو فى ذِمَّتِها ، بأن تكونَ قد قَبَضَتْه ، وتصرَّفَتْ فيه ، أو تَلِفَ فى يَدِها ، وأيُّهما كان فإنَّ للذى له الدَّيْنُ أن يَعْفُوَ عن حَقِّه منه ، بأن يقولَ : عَفَوْتُ عن حَقِّى من الصَّداقِ ، أو أسْقَطْتُه ، أو أبْرَأْتُك منه ، أو مَلَّكْتُك إيَّاه ، أو وَهَبْتُك ، أو أحْلَلْتُك منه ، أو أنت منه فى حِلٍّ ، أو تَرَكْتُه لك . وأيُّ ذلك قال سَقَطَ[20] به المَهْرُ ، وبَرِئَ منه الآخَرُ ، وإن لم يَقْبَلْه ، لأنَّه إسْقاطُ حَقٍّ ، فلم يَفْتَقِرْ إلى قَبولٍ ، كإسْقاطِ القِصاصِ والشُّفْعةِ والعِتْقِ والطَّلَاقِ ،

---

(١٧) فى النسخ : « نصفه » . والمثبت من : الشرح الكبير ٤ / ٣١٤ .

(١٨) سورة النساء ٤ .

(١٩) فى ا ، ب ، م : « روايتان » .

(٢٠) سقط من : ب .

ولذلك صَحَّ إبْراءُ المَيِّتِ مع عدمِ القَبُولِ منه ، ولو رَدَّ ذلك لم يَرْتَدّ[21] ، وبَرِئَ منه ، لما ذكَرْناه . وإن أحَبَّ العَفْوَ من الصَّداقِ فى ذِمَّتِه ، لم يَصِحَّ العَفْوُ ؛ لأنَّه إن كان فى ذِمَّةِ الزَّوْجِ فقد سَقَطَ عنه بالطَّلاقِ ، وإن كان فى ذِمَّةِ الزَّوجةِ ، فلا يَثْبُتُ فى ذِمَّتِها إلَّا النِّصْفُ الذى يَسْتَحِقُّه الزوجُ ، وأمَّا النِّصْفُ الذى لها ، فهو حَقُّها تصرَّفَتْ فيه ، فلم يَثْبُتْ فى ذِمَّتِها منه شىءٌ ، ولأنَّ الجميعَ كان مِلْكًا لها تصرَّفَتْ فيه ، وإنَّما يتجَدَّدُ مِلْكُ الزوجِ للنِّصْفِ بطَلاقِه ، فلا يثْبُتُ فى ذِمَّتِها غيرُ ذلك . وأيُّهما أرادَ تَكْمِيلَ الصَّداقِ لصاحِبِه ، فإنَّه يُجَدِّدُ له هِبةً مُبْتَدَأةً[22] . وأمَّا إن كان الصَّداقُ عَيْنًا فى يَدِ أحدِهما ، / فعَفَا الذى هو فى يَدِه للآخَرِ ، فهو هِبَةٌ له ، تَصِحُّ بلَفْظِ العَفْوِ والهِبَةِ والتَّمْليكِ ، ولا تَصِحُّ بلَفْظِ الإِبْراءِ والإِسْقاطِ ، ويَفْتَقِرُ إلى القَبْضِ فيما يُشْتَرَطُ القَبْضُ فيه . وإن عَفَا غيرُ الذى هو فى يَدِه ، صَحَّ بهذه الألفاظِ ، وافْتَقَرَ إلى مُضِىِّ زَمَنٍ يتَأَتَّى القَبْضُ فيه ، إن كان المَوْهُوبُ مِمَّا يَفْتَقِرُ إلى القَبْضِ .

١٢٩/٧ و

فصل : إذا أصْدَقَ امرأتَه عَيْنًا ، فوَهَبَتْها له ، ثم طَلَّقَها قبلَ الدُّخولِ[23] بها ، فعن أحمدَ فيه رِوَايتان ؛ إحداهما ، يَرْجِعُ عليها بِنِصْفِ قِيمَتِها . وهو اخْتِيارُ أبى بكرٍ ، وأحَدُ قَوْلَيِ الشافعىِّ ؛ لأنَّها عادَتْ إلى الزَّوْجِ بعَقْدٍ مُسْتَأْنَفٍ ، فلا تَمنعُ اسْتِحْقاقَها بالطَّلاقِ ، كما لو عادَتْ إليه بالبَيْعِ ، أو وهَبَتْها لأجْنَبِىٍّ ثم وَهَبَها[24] له . والرِّوايةُ الثانيةُ ، لا يَرْجِعُ عليها . وهو قولُ مالكٍ ، والمُزَنِىِّ ، وأَحَدُ قَوْلَيِ الشافعىِّ ، وهو قولُ أبى حنيفةَ ، إلَّا أن تَزِيدَ العينُ أو تَنْقُصَ ، ثم تَهَبَها له ؛ لأنَّ الصَّداقَ عادَ إليه ، ولو لم تَهَبْه لم يَرْجِعْ بشىءٍ ، وعَقْدُ الهِبَةِ لا يَقْتَضِى ضَمانًا ، ولأنَّ نِصْفَ الصَّداقِ تَعَجَّلَ له بالهِبَةِ . فإن كان الصَّداقُ دَيْنًا ، فأبْرَأَتْه منه ، فإن قُلْنا : لا يَرْجِعُ ثَمَّ . فهٰهُنا أوْلَى ، وإن قُلْنا :

---

(٢١) فى ا ، م زيادة : « منه » .

(٢٢) فى م : « للمبتدأة » .

(٢٣) فى الأصل : « أن يدخل » .

(٢٤) فى م : « وهبتها » .

يَرْجِعُ ثَمَّ . خُرِّجَ هـٰهُنا وَجْهان ؛ أحدهما ، لا يَرْجِعُ ؛ لأنَّ الإبراءَ إسْقاطُ حَقٍّ ، وليس بتَمْلِيكٍ كتَمْليكِ الأعْيانِ ، ولهذا لا يَفْتَقِرُ إلى قَبُولٍ ، ولو شَهِدَ شاهِدانِ على رَجُلٍ بدَيْنٍ ، فأبرأه مُسْتَحِقُّهُ ، ثم رَجَعَ الشاهدانِ ، لم يَغْرَما شيئا ، ولو كان قَبَضَه منه ، ثم وَهَبَه له ، ثم رَجَعَ الشاهدانِ ، غَرِمَا . والثانى ، يَرْجِعُ ؛ لأنَّه عادَ إليه بغير الطَّلاقِ ، فهو كالعَيْنِ ، والإبراءُ بمَنْزِلةِ الهِبَةِ ، ولهذا يَصِحُّ بلَفْظِها . وإن قَبَضَتِ الدَّيْنَ منه ، ثم وَهَبَتْه له ، ثم طَلَّقَها ، فهو كهِبَةِ العَيْنِ ؛ لأنَّه تعَيَّنَ بقَبْضِه . وقال أبو حنيفةَ : يَرْجِعُ هـٰهُنا ؛ لأنَّ الصَّداقَ قد اسْتَوْفَتْه كلَّه ، ثم تصَرَّفَتْ فيه ، فوَجَبَ الرُّجُوعُ عليها ، كما لو وهَبَتْه أجْنَبِيًّا . ويَحْتَمِلُ أن لا يَرْجِعَ ؛ لأنَّه عادَ إليه ما أصْدَقَها ، فأشْبَهَ ما لو كان عَيْنًا ، فقَبَضَتْها ، ثم وهَبَتْها . وإن[25] وهَبَتْه العَيْنَ ، أو أبْرَأتْه من الدَّينِ ، ثم فَسَخَتِ النكاحَ بفِعْلٍ من جِهَتِها ، كإسْلامِها ، أو رِدَّتِها ، أو إرْضاعِها لمن يَنْفَسِخُ[26] نِكاحُها برَضاعِه ، ففى الرُّجُوعِ بجَمِيعِ الصَّداقِ / عليها رِوَايتان ، كما فى الرُّجوعِ بالنِّصْفِ سواءً . ١٢٩/٧ظ

فصل : وإن أصْدَقَها عبدًا ، فوَهَبَتْه نِصفَه ، ثم طَلَّقَها قبلَ الدُّخولِ ، انْبَنَى ذلك على الرِّوايتَيْنِ ؛ فإن قُلْنا : إذا وهَبَتْه الكُلَّ لم يَرْجِعْ بشيءٍ . رَجَعَ هـٰهُنا فى رُبْعِه ، وعلى الروايةِ الأُخرَى ، يَرْجِعُ فى النِّصْفِ الباقى كلِّه ؛ لأنَّه وجَدَه بعَيْنِه . وبهذا قال أبو يوسفَ ، ومحمدٌ ، والمُزَنِىُّ . وقال أبو حنيفةَ : لا يرجعُ بشيءٍ ؛ لأنَّ النِّصْفَ حصَلَ فى يَدِه ، فقد اسْتَعْجَلَ حَقَّه . وقال الشافعىُّ ، فى أحدِ أقْوالِه كقَوْلِنا . والثانى ، له نِصْفُ النِّصفِ الباقى[27] ، ونِصْفُ قِيمةِ المَوْهُوبِ . والثالث ، يتَخَيَّرُ بينَ هذا وبينَ الرُّجوعِ بقِيمَةِ النِّصْفِ . ولَنا ، أنَّه وَجَدَ نِصْفَ ما أصْدَقَها بعَيْنِه ، فأشْبَهَ ما لو لم تَهَبْهُ شيئًا .

فصل : فإن خالَعَ امرأتَه بنِصْفِ صَداقِها ، قبلَ دُخولِه بها ، صَحَّ ، وصار الصَّداقُ

---

(٢٥) فى م : « أو » .

(٢٦) فى الأصل : « يفسخ » .

(٢٧) فى م : « والباقى » .

كلُّه له ؛ نِصْفُه بالطَّلاقِ ، ونصفُه بالخُلْعِ . ويَحْتَمِلُ أن يَصِيرَ له ثلاثةُ أرْباعِه ؛ لأنَّه إذا خالَعَها بِنِصْفِه ، مع عِلْمِه أنَّ النِّصْفَ يَسْقُطُ عنه ، صار مُخالِعًا بِنِصْفِ النِّصْفِ الذى يَبْقَى لها ، فيَصِيرُ له النِّصْفُ بالطَّلاقِ ، والرُّبْعُ بالخُلْعِ . وإن خالَعها بمِثْلِ نِصْفِ الصَّداقِ فى ذِمَّتِها ، صَحَّ ، وسَقَطَ جميعُ الصداقِ ؛ نِصْفُه بالطلاقِ ، ونصفُه بالمُقَاصَّةِ بما فى ذِمَّتِها له من عِوَضِ الخُلْعِ . ولو قالتْ له : اخْلَعْنِى بما تُسَلِّمُ لى من صَداقِى . ففَعَلَ ، صَحَّ ، وبَرِئَ من جميعِ الصَّداقِ . وكذلك إن قالت : اخْلَعْنِى على أن لا تَبِعةَ عليكَ فى المَهْرِ . صَحَّ ، وسَقَطَ جميعُه عنه . وإن خالَعَتْه بمثْلِ جميعِ الصَّداقِ فى ذِمَّتِها ، صَحَّ ، ويَرْجِعُ عليها بِنِصْفِه ؛ لأنَّه يَسْقُطُ نصفُه بالمُقاصَّةِ بالنِّصْفِ الذى لها عليه ، ويَسْقُطُ عنه النِّصْفُ بالطلاقِ ، يَبْقَى لها عليها النِّصْفُ . وإن خالَعَتْه بصَداقِها كلِّه ، فكذلك ، فى أحَدِ الوَجْهَيْنِ . وفى الآخرِ ، لا يَرْجِعُ عليها بشىءٍ ؛ لأنَّه لمَّا خالَعها به ، مع عِلْمِه بسُقُوطِ نِصْفِه بالطَّلاقِ ، كان مُخالِعًا لها بِنِصْفِه ، ويَسْقُطُ عنه بالطلاقِ نِصْفُه ، ولا يَبْقَى لها شىءٌ .

فصل : وإذا أَبْرأتِ المُفَوّضةُ من المَهْرِ ، صَحَّ قبلَ الدُّخولِ وبعدَه ، وسواءٌ فى ذلك مُفَوّضةُ البُضْعِ ومُفَوّضةُ المهرِ . وكذلك مَنْ سُمِّىَ لها مَهْرٌ فاسِدٌ ، كالخمرِ والمجهولِ ؛ لأنَّ المهرَ واجبٌ فى هذه المواضِعِ ، وإنَّما جُهِلَ قَدْرُه / ، والبراءةُ من المجهولِ صحيحةٌ ؛ لأنَّها إسْقاطٌ ، فصَحَّتْ فى المجهولِ كالطَّلاقِ . وقال الشافعىُّ : لا تَصِحُّ البراءةُ فى شىءٍ من هذا ؛ لأنَّ المُفَوّضةَ لم يجبْ لها مهرٌ ، فلا يَصِحُّ الإبراءُ ممَّا لم يجبْ ، وغيرُها مَهْرُها مجهولٌ ، والبراءةُ من المجهولِ لا تَصِحُّ ، إلَّا أن تقولَ : أبْرَأْتُكَ من دِرْهَمٍ إلى ألفٍ . فيَبْرَأُ من مَهْرِها إذا كان دُونَ الألْفِ . وقد دَلَّلْنا على وُجوبِه فيما مَضَى ، فيَصِحُّ الإبراءُ منه ، كما لو قالت : أبرأتُكَ من دِرْهَمٍ إلى ألْفٍ . وإذا أبرأتِ المُفَوّضةُ ، ثم طُلِّقَتْ قبلَ الدُّخولِ ، فإن قُلْنا : لا يَرْجِعُ إلى المُسَمَّى لها . لم يَرْجِعْ هٰهُنا ، وإن قُلْنا : يَرْجِعُ ثَمَّ . احْتَمَلَ أن لا يَرْجِعَ هٰهُنا ؛ لأنَّ المهرَ كلَّه سَقَطَ بالطلاقِ ، ووَجبتِ المُتْعةُ بالطلاقِ ابتداءً . ويَحْتَمِلُ أن يَرْجِعَ ؛ لأنَّه عاد إليه مَهْرُها بسَببٍ غيرِ الطَّلاقِ . وبِكَمْ يَرْجِعُ ؟ يَحْتَملُ أن

١٣٠/٧ و

يَرْجِعَ بنصفِ مهرِ المِثْلِ ؛ لأنَّه الذى وجبَ بالعَقْدِ ، فهو كنِصْفِ المفروضِ ، ويَحْتَمِلُ أن يرجعَ بنصفِ المُتْعةِ ؛ لأنَّها التى تجبُ بالطَّلاقِ ، فأشْبَهتِ المُسَمَّى .

فصل : وإن أبْرَأَتْه المُفَوّضةُ من نِصْفِ صَداقِها ، ثم طَلَّقها قبلَ الدُّخولِ ، فلا مُتْعةَ لها ؛ لأنَّ المُتْعةَ قائمةٌ مَقامَ نِصْفِ الصَّداقِ ، وقد أبرأتْ منه ، فصار كما لو قَبَضَتْه . ويَحْتَمِلُ أن يجبَ لها نصفُ المُتْعةِ إذا قُلْنا : إن الزوجَ لا يَرْجِعُ عليها بشىءٍ . إذا أبرأتْ من جميعِ صَداقِها .

فصل : ولو باع رجلًا عبدًا بمائةٍ ، فأبرَأه البائعُ من الثَّمنِ ، أو قَبَضَه ثم وَهَبَه إيَّاه ، ثم وَجَدَ المشترِى بالعبدِ عَيْبًا ، فهل له رَدُّ المَبِيعِ ، والمطالبةُ بالثمنِ ، أو أَخْذُ أَرْشِ العَيْبِ مع إمْساكِه ؟ على وَجْهَيْنِ ، بناءً على الرِّوايتَيْنِ فى الصَّداقِ إذا وَهَبَتْه المرأةُ لزَوْجِها ثم طَلَّقها قبلَ الدخولِ . وإن كانت بحالِها ، فوَهَبَ المشترِى العبدَ للبائعِ ، ثم أفْلَسَ المُشْتَرِى ، والثمنُ فى ذِمَّتِه ، فللبائعِ أن يَضْرِبَ بالثمنِ مع الغُرَماءِ ، وَجْهًا واحدًا ؛ لأنَّ الثمنَ ما عاد إلى البائعِ منه شىءٌ ، ولذلك كان يجبُ أداؤُه إليه قبلَ الفَلَسِ ، بخلافِ التى قبلَها . ولو كاتَبَ[28] عَبْدًا ، ثم أسْقَطَ عنه مالَ الكِتابةِ ، بَرِئَ ، وعَتَقَ ، ولم يَرْجِعْ على سَيِّدِه بالقَدْرِ الذى كان يجبُ على السَّيِّدِ أن يُؤْتِيَه إيَّاه . وكذلك لو أسْقَطَ عنه القَدْرَ الذى يَلْزَمُه إيتاؤُه إيَّاه ، واسْتَوْفَى الباقِىَ ، لم يَلْزَمْه / أن يُؤْتِيَه شيئًا ؛ لأنَّ إسْقاطَه عنه يقومُ مَقامَ الإيتاءِ . ٧/١٣٠ظ وخَرَّجَه بعضُ أصحابِنا على وَجْهَيْنِ ، بِناءً على الرِّوايتَيْنِ فى الصَّداقِ ، ولا يَصِحُّ ؛ لأنَّ المرأةَ [29]أسْقَطَتِ الصَّداقَ[29] الواجبَ لها قبلَ وُجودِ سَبَبِ اسْتِحقاقِ الزَّوجِ عليها نِصْفَه ، وهٰهُنا أسْقَطَ السَّيِّدُ عن المكاتَبِ ما وُجِدَ سَبَبُ إيتائِه إيَّاه ، فكان إسْقاطُه مَقامَ إيتائِه ، ولهذا لو قَبَضَه السَّيِّدُ منه ، ثم آتاه إيَّاه ، لم يَرْجِعْ عليه[30] بشىءٍ . ولو قبضَتِ المرأةُ صَداقَها ، ووَهَبَتْه لزَوْجِها ، ثم طَلَّقها قبلَ الدُّخولِ ، لَرَجعَ[31] عليها ، فافْتَرقَا .

---

(٢٨) فى ب ، م : « كان » .

(٢٩ – ٢٩) سقط من : ب .

(٣٠) سقط من : ا ، م .

(٣١) فى الأصل : « رجع » .

فصل : ولا يَبْرَأُ الزَّوْجُ من الصَّداقِ إلَّا بتَسْلِيمِه إلى مَن يَتَسَلَّمُ مالَها ، فإن كانت رَشِيدةً ، لم يَبْرَأْ إلّا بالتَّسْليمِ إليها ، أو إلى وَكِيلِها ، ولا يَبْرَأُ بالتَّسْليمِ إلى أَبِيها ولا إلى غيرِه ؛ بِكْرًا كانت أو ثَيِّبًا . قال أحمدُ : إذا أخَذَ مهرَ ابْنَتِه ، وأَنْكَرَتْ ، فذاك لها ، تَرْجِعُ على زَوْجِها بالمهرِ ، ويَرْجِعُ الزَّوْجُ[٣٢] على أَبِيها . فقِيلَ له : أليس قال النَّبِىُّ ﷺ : « أَنْتَ وَمَالُكَ لأبِيكَ »[٣٣]؟ . قال : نعم[٣٤] ، ولكنَّ هذا لم يَأْخُذْ منها ، إنَّما أخَذَ من زَوْجِها . وهذا مذهبُ الشافعىِّ . وقال أبو حنيفةَ : له قَبْضُ صَداقِ البِكْرِ دُونَ الثَّيِّبِ ؛ لأنَّ ذلك العادةُ ، ولأنَّ البِكْرَ تَسْتَحِى ، فقام أبُوها مَقامَها ، كما قامَ مَقامَها فى تَزْوِيجِها . ولَنا ، أنَّها رَشِيدةٌ ، فلم يكُنْ لغيرِها (٣٥ قَبْضُ صَداقِها ، كالثَّيِّبِ ، أو عِوَضٌ مَلَكَتْه وهى رَشِيدةٌ ، فلم يكُنْ لغيرِها٣٥) قَبْضُه بغيرِ إذْنِها ، كثَمَنِ مَبِيعِها ، وأجْرِ دارِها . وإن كانتْ غيرَ رَشِيدةٍ ، سَلَّمه إلى وَلِيِّها فى مالِها ، من أبِيها ، أو وَصِيِّه ، أو الحاكمِ ؛ لأنَّه من جُملةِ أمْوالِها ، فهو كثَمَنِ مَبِيعِها ، وأجْرِ دارِها .

١٢١٣ ــ مسألة ؛ قال : (**وَلَيْسَ عَلَيْه دَفْعُ نَفَقَةِ زَوْجَتِـه ، إذَا كَانَ مِثْلُها لَا يُوطَأُ ، أوْ مُنِعَ مِنْها بِغَيْرِ عُذْرٍ ، فَإنْ كَانَ المَنْعُ مِنْ قِبَلِه ، لَزِمَتْه النَّفَقَةُ**)

وجملةُ ذلك أنَّ المرأةَ إذا كانت لا يُوطَأُ مِثْلُها ؛ لصِغَرِها ، فطَلَبَ وَلِيُّها تَسلُّمَها ، والإنْفاقَ عليها ، لم يجبْ ذلك على الزَّوْجِ ؛ لأنَّ النَّفقةَ فى مُقابلةِ الاسْتِمْتاعِ ، ولهذا تَسْقُطُ بالنُّشُوزِ ، وهذه لا يُمْكِنُهُ الاسْتِمْتاعُ بها . وإن كانت كبيرةً ، فمنَعَتْه نَفْسَها ، أو مَنَعَها أولياؤُها ، فلا نفقةَ لها أيضًا ؛ لأنَّها فى معنى النَّاشِزِ ؛ لِكَوْنِها لم تُسَلِّم الواجبَ عليها ، فلا يجبُ تَسْلِيمُ ما فى مُقابَلَتِه من الإنْفاقِ . وكُلُّ مَوْضعٍ لَزِمَتْه النَّفَقةُ ، لَزِمَه تَسْلِيمُ

---

(٣٢) فى ب : « زوجها » .

(٣٣) تقدم تخريجه فى : ٨ / ٢٧٣ .

(٣٤) كذا . والصواب : « بلى » .

(٣٥ ــ ٣٥) سقط من : الأصل . نقل نظر .

الصَّداقِ الحالِّ[1] إذا طُولِبَ[2] به . فأمَّا الموضعُ الذى لا تَلْزَمُه نفقتُها فيه[3] ، كالصغيرةِ ، والمانِعةِ نَفْسَها ، فقال أبو عبدِ اللهِ ابن حامِدٍ : يجبُ تَسْليمُ الصَّداقِ . وهو / قولُ الشافعىِّ ؛ لأنَّ المهرَ فى مُقابَلَةِ[4] مِلْكِ البُضْعِ ، وقد مَلَكَه ، بخلافِ النَّفَقةِ ، فإنَّها فى مُقابلَةِ التَّمْكينِ . وردَّ قومٌ هذا وقالوا[5] : المهرُ قد مَلَكَتْه فى مقابلةِ[4] ما مَلَكَه من بُضْعِها ، فليس لها المطالبةُ بالاسْتِيفاءِ إلَّا عندَ[6] إمكانِ الزَّوْجِ اسْتِيفاءَ العِوَضِ .

١٣١/٧ و

فصل : وإمكانُ الوَطْءِ فى الصَّغيرةِ مُعْتَبَرٌ بحالِها ، واحْتِمالِها لذلك . قالَه القاضى . وذَكَرَ أنَّهُنَّ يَخْتَلِفْنَ ، فقد تكونُ صَغِيرةَ السِّنِّ تَصْلُحُ ، وكبيرةً لا تصْلُحُ . وحَدَّه أحمدُ بِتِسْعِ سِنِينَ ، فقال ، فى روايةِ أبى الحارثِ ، فى الصغيرةِ يَطْلُبُها زَوْجُها : فإن أتَى عليها تِسْعُ سِنِينَ ، دُفِعَتْ إليه[7] ، ليس لهم أن يَحْبِسُوها بعدَ التِّسْعِ . وذَهَبَ فى ذلك إلى أنَّ النَّبىَّ ﷺ ، بَنَى بعائشةَ وهى ابنةُ تِسْعٍ[8] . قال القاضى : وهذا عندى ليس على طَرِيقِ التَّحْديدِ ، وإنَّما ذكَره لأنَّ الغالِبَ أن ابْنةَ تِسْعٍ يُتَمكَّنُ من الاسْتِمتاعِ بها ، فمتى كانت لا تصْلُحُ للوَطْءِ ، لم يجبْ على أهلِها تَسْلِيمُها إليه ، وإن ذكَر أنه يَحْضُنُها ويُرَبِّيها وله مَنْ يَخْدِمُها ، لأنَّه[9] لا يَمْلِكُ الاستمتاعَ بها ، ولَيْسَتْ له بمَحَلٍّ ، ولا يُؤْمَنُ شَرَهُ نَفْسِه إلى مُواقَعَتِها ، فيُفْضِيها أو يَقْتُلُها . وإن طَلَبَ أهلُها دَفْعَها إليه ، فامْتَنعَ ، فله ذلك ، ولا تَلْزَمُه نَفَقتُها ؛ لأنَّه لا يتَمكَّنُ[10] من اسْتِيفاءِ حَقِّه منها . وإن كانت كبيرةً إلَّا أنها مَرِيضةٌ

---

(١) سقط من : ب ، م .
(٢) فى ا ، ب ، م : « طلب » .
(٣) سقط من : الأصل ، ا ، ب .
(٤ - ٤) سقط من : ب . نقل نظر .
(٥) فى ب ، م : « قالوا » .
(٦) فى م : « بعد » .
(٧) سقط من : ب .
(٨) تقدم تخريجه فى : ٩ / ٣٩٨ .
(٩) سقط من : الأصل .
(١٠) فى ا ، م : « يمكن » .

مَرَضًا مَرْجُوَّ الزَّوالِ ، لم يَلْزَمْها تَسْلِيمُ نَفْسِها قبلَ بُرْئِها ؛ لأنَّه مانعٌ مَرْجُوُّ الزَّوالِ ، فهو كالصِّغَرِ ، ولأنَّ العادةَ لم تَجْرِ بزَفِّ المريضةِ إلى زَوْجِها ، والتسليمُ فى العَقْدِ يجبُ على حسبِ العُرْفِ . فإن سَلَّمَتْ نَفْسَها ، فتَسَلَّمَها الزَّوْجُ ، فعليه نفقَتُها ؛ لأنَّ المرضَ عارِضٌ يَعْرِضُ ويتكَرَّرُ ، فيَشُقُّ إسْقاطُ النَّفقةِ به[11] ، فجَرَى مَجْرَى الحَيْضِ ، ولهذا لو مَرِضَتْ بعد تَسْلِيمِها ، لم تَسْقُطْ نَفقتُها . وإن امْتَنَعَ من تَسَلُّمِها ، فله ذلك ، ولا تلزَمُه نفقَتُها ؛ لأنَّه لمَّا لم[11] يجبْ تسليمُها إليه ، لم يجبْ عليه تَسَلُّمها ، كالصَّغيرةِ ، ولأنَّ العادةَ لم تَجْرِ بتَسَلُّمِها[12] على هذه الصِّفَةِ . وقال القاضى : يَلْزَمُه تسَلُّمُها ، وإن امْتَنَعَ ، فعليه نَفقَتُها ؛ لما ذكَرْنا من أنَّه عارِضٌ لا يُمْكِنُ التَّحَرُّزُ منه ، ويتكَرَّرُ ، فأشْبَهَ الحَيْضَ . فأمَّا إن كان المرضُ غيرَ مَرْجُوِّ الزَّوالِ ، لَزِمَ تَسْلِيمُها إلى الزَّوجِ إذا طَلَبها ، ولَزِمَه تَسَلُّمُها إذا عُرِضَتْ عليه ؛ لأنَّها ليست لها حالةٌ يُرْجَى زَوالُ ذلك فيها ، فلو لم تُسَلِّمْ نَفْسَها / لم يُفِد التَّزْويجُ فائدةً ، وله أن يَسْتَمْتِعَ بها ، فإن كانتْ نِضْوَةَ الخَلْقِ[13] ، وهو جَسِيمٌ ، تخافُ على نَفْسِها الإفْضاءَ من عِظَمِ خَلْقِه ، فلها مَنْعُه من جِماعِها ، وله الاسْتِمْتاعُ بها فيما دُونَ الفَرْجِ ، وعليه نفقَتُها ، ولا يثبتُ له خِيارُ الفَسْخِ ؛ لأنَّ هذه يُمْكِنُ الاسْتِمْتاعُ بها لغيرِه ، وإنَّما امْتِناعُ الاسْتِمْتاعِ لمَعْنًى فيه ، وهو عِظَمُ خَلْقِه ، بخلافِ الرَّتْقاءِ . وإن طَلَبَ تَسْلِيمَها إليه وهى حائضٌ ، احْتَمَلَ أن لا يجبَ ذلك ؛ لأنَّه خِلافُ العادةِ ، فأشْبَهَ المَرَضَ المَرْجُوَّ الزَّوالِ ، واحْتَمَلَ وُجُوبَ التسليمِ ؛ لأنَّه يَزُولُ قريبًا ، ولا يَمْنَعُ من الاسْتِمْتاعِ بما دُونَ الفَرْجِ ، فإذا طَلَبَ ذلك لم يَجُزْ مَنْعُه منه ، كما لم يَجُزْ لها مَنْعُه منه بعدَ تَسَلُّمِها . وإن عُرِضَتْ عليه ، فأبَاها حتى تَطْهُرَ ، فعلى قولِ القاضِى ، يلْزَمُه تسلُّمُها ونفقَتُها إن امْتَنعَ منه ، ويتَخَرَّجُ[14] على ما ذكَرْنا أن لا يَلْزَمَه ذلك ، كالمَرَضِ المَرْجُوِّ الزَّوالِ .

٧/١٣١ظ

---

(١١) سقط من : ب .

(١٢) فى ا ، م : « بتسليمها » .

(١٣) نضوة الخلق : مهزولة .

(١٤) فى الأصل ، ب : « ويخرج » .

فصل : فإن مَنَعَتْ نَفسَها حتى تتسلَّمَ صَداقَها ، وكان حالًّا ، فلها ذلك . قال ابنُ المُنْذرِ : أجْمَعَ كلُّ مَنْ نَحْفَظُ عنه من أهلِ العلمِ ، أنَّ للمرأةِ أن تمتَنِعَ من دُخولِ الزَّوْجِ عليها ، حتى يُعْطِيَها مَهْرَها . وإن قال الزَّوْجُ : لا أُسَلِّمُ إليها الصَّداقَ حتى أتَسلَّمَهَا . أُجْبِرَ الزَّوْجُ على تَسْلِيمِ الصَّداقِ أوَّلًا ، ثم تُجْبَرُ هى على تَسْليمِ نَفْسِها . ومذهبُ الشافعىِّ فى هذا على نحوِ مذهبِه فى البَيْعِ . ولَنا ، أنَّ فى إجْبارِها على تَسْليمِ نَفْسِها أوَّلًا خطَرَ إتلافِ البُضْعِ ، والامْتِناعِ من بَذْلِ الصَّداقِ ، ولا يُمْكِنُ الرُّجوعُ فى البُضْعِ ، بخلافِ المَبِيعِ الذى يُجْبَرُ على تَسْلِيمِه قبلَ تَسْليمِ ثَمَنِه . فإذا تقرَّر هذا ، فلها النَّفقةُ ما امْتَنَعَتْ لذلك ، وإن كان مُعْسِرًا بالصداقِ ؛ لأنَّ امْتناعَها بحَقٍّ . وإن كان الصَّداقُ مُؤَجَّلًا ، فليس لها مَنْعُ نَفْسِها قبلَ قَبْضِه ؛ لأنَّ رِضَاها بتأْجِيلِه رِضًى بتَسْليمِ نَفْسِها قبلَ قَبْضِه ، كالثمنِ المُؤَجَّلِ فى البيعِ . فإن حَلَّ المُؤَجَّلُ قبلَ تَسْليمِ نَفْسِها ، لم يكُنْ لها مَنْعُ نَفْسِها أيضا ؛ لأنَّ التَّسْليمَ قد وَجَبَ عليها ، واسْتَقَرَّ قبلَ قَبْضِه ، فلم يكُنْ لها أن تَمْنَعَ[15] منه . وإن كان بعضُه حالًّا وبعضُه مُؤَجَّلًا ، فلها مَنْعُ نَفْسِها قبلَ قَبْضِ العاجِلِ دُونَ الآجِلِ . وإن كان الكلُّ حالًّا ، فلها مَنْعُ نفسِها على ما ذكَرْنا . فإن سَلَّمَتْ نَفْسَها قبلَ قَبْضِه ، ثم أرادتْ مَنْعَ نَفْسِها حتى تَقْبِضَه ، فقد تَوَقَّفَ أحمدُ عن الجوابِ فيها . وذَهَبَ أبو عبدِ الله ابن بَطَّةَ ، وأبو إسحاقَ بن شاقْلَا ، إلى أنَّها / ليس لها ذلك . وهو قولُ مالكٍ ، والشافعىِّ ، وأبى يوسفَ ، ومحمدٍ ؛ لأنَّ التَّسْليمَ اسْتَقَرَّ به العِوَضُ بِرِضَى المُسَلِّمِ ، فلم يكُنْ لها أن تَمْتَنِعَ منه بعدَ ذلك ، كما لو سَلَّمَ البائعُ المَبِيعَ . وذَهَبَ أبو عبدِ الله ابن حامدٍ ، إلى أنَّ لها ذلك . وهو مذهبُ أبى حنيفةَ ؛ لأنَّه تَسْليمٌ يُوجِبُه عليها عَقْدُ النكاحِ ، فمَلَكَتْ أن تَمْتَنِعَ منه قبلَ قَبْضِ صَداقِها ، كالأوَّلِ . فأما إن وَطِئها مُكْرَهةً ، لم يَسْقُطْ به حَقُّها من الامْتِناعِ ؛ لأنَّه حَصَلَ بغير رِضَاها ، كالمَبِيعِ إذا أخَذَه المُشْتَرِى من البائعِ كُرْهًا . وإن أخَذَتِ الصداقَ ، فوَجَدَتْه مَعِيبًا ، فلها مَنْعُ نَفْسِها حتى يُبَدِّلَه ، أو يُعْطِيَها

١٣٢/٧و

(١٥) فى م : « تمتنع » .

أَرْشَه ؛ لأنَّ صَداقَها صحيحٌ . وإن لم تَعْلَمْ عَيْبَه حتى سَلَّمتْ نَفْسَها ، خُرِّج على الوَجْهَيْنِ فيما إذا سَلَّمتْ نَفْسَها قبلَ قَبْضِ صَداقِها(16) ثم بَدَا لها أن تَمْتَنِعَ . وكلُّ مَوْضعٍ قُلْنا : لها الامْتِناعُ من تَسْلِيمِ نَفْسِها . فلها السَّفَرُ بغيرِ إذْنِ الزَّوجِ ؛ لأنَّه لم يَثْبُتْ للزَّوْجِ عليها حَقُّ الحَبْسِ ، فصارَتْ كمَنْ لا زَوْجَ لها . ولو بَقِىَ منه دِرْهَمٌ ، كان كبَقاءِ جَمِيعِه ؛ لأنَّ كلَّ مَنْ ثَبَتَ له الحَبْسُ بجميعِ البَدَلِ ، ثَبتَ له الحَبْسُ ببَعْضِه ، كسائرِ الدُّيُونِ .

فصل : وإن أَعْسَرَ الزَّوْجُ بالمهرِ الحالِّ قبلَ الدُّخولِ ، فلها الفَسْخُ ؛ لأنَّه تَعَذَّرَ الوُصُولُ إلى عِوَضِ العقدِ قبلَ تَسْليمِ المُعَوَّضِ ، فكان لها الفَسْخُ ، كما لو أَعْسَرَ المُشْتَرِى بالثمنِ قبلَ تَسْليمِ المبيعِ . (17وأجاز ابنُ حامدٍ أنَّه لا فَسْخَ لها17) . وإن أعسرَ بعدَ الدُّخولِ ، فعلى وَجْهَيْنِ ، مَبْنِيَّيْنِ على مَنْعِ نَفْسِها ، فإن قُلْنا : لها مَنْعُ نَفْسِها بعدَ الدُّخولِ . فلها الفَسْخُ كما قبلَ الدُّخولِ ، وإن قُلْنا : ليس لها مَنْعُ نفسِها . فليس لها الفَسْخُ ، كما لو أَفْلَسَ بدَيْنٍ لها آخَرَ(18) . ولا يجوزُ الفَسْخُ إلَّا بحُكْمِ حاكِمٍ ؛ لأنَّه مُجْتَهَدٌ فيه .

١٢١٤ – مسألة ؛ قال : (وَإذَا تَزَوَّجَهَا عَلَى صَداقَيْنِ سِرٍّ وعَلَانِيةٍ ، أُخِذَ بالْعَلَانِيَةِ ، وَإنْ كَانَ السِّرُّ قَدِ انْعَقَدَ بِهِ النِّكَاحُ)

ظاهرُ كلامِ الخِرَقِىِّ ، أنَّ الرجلَ إذا تزوَّجَ المرأةَ فى السِّرِّ بمَهْرٍ ، ثم عَقَدَ عليها فى العَلَانِيَةِ بمهرٍ آخرَ ، أنَّه يُؤْخَذُ بالعَلانِيَةِ . وهذا ظاهرُ قولِ أحمدَ ، فى رِوايةِ الأَثْرَمِ . وهو

---

(16) فى ا زيادة : « كالأول » .

(17–17) سقط من : ا ، ب ، م .

(18) فى ا ، م : « لآخر » .

قولُ الشَّعْبِىِّ ، وابنِ أبى لَيْلَى ، والثَّوْرِىِّ ، وأبى عُبَيْدٍ . وقال القاضى : الواجبُ المهرُ الذى انْعَقَدَ به النِّكاحُ سِرًّا كان أو عَلانِيةً . وحمل كلام أحمدَ والخِرَقِىِّ على أنَّ المرأةَ لم تُقِرَّ بِنِكاحِ السِّرِّ ، فثَبَت[1] مَهْرُ العَلانِيَةِ /؛ لأنَّه الذى ثَبَتَ به النكاحُ. وهذا قولُ سعيدِ بن عبد العزيزِ ، وأبى حنيفةَ ، والأَوْزَاعىِّ ، والشافعىِّ . ونحوُه عن شُرَيْحٍ ، والحسنِ ، والزُّهْرِىِّ ، والحَكَمِ بن عُتَيْبةَ[2] ، ومالكٍ ، وإسحاقَ ؛ لأنَّ العَلانِيَةَ ليس بعَقْدٍ ، ولا يتعلَّقُ به وُجُوبُ شىءٍ . ووَجْهُ قولِ الخِرَقِىِّ ، أنَّه إذا عَقَدَ فى الظَّاهِرِ عَقْدًا بعدَ عَقْدِ السِّرِّ ، فقد وُجِدَ منه بَذْلُ الزَّائِدِ على مهرِ السِّرِّ ، فيَجِبُ ذلك عليه ، كما لو زادَها على صَداقِها . ومُقْتَضَى ما ذكرناهُ[3] من التَّعْليلِ لكلامِ الْخِرَقِىِّ ، أنَّه إن كان مهرُ السِّرِّ أكثرَ من العَلانِيَةِ ، وجَبَ مهرُ السرِّ ؛ لأنَّه وجَبَ عليه بعَقْدِه ، ولم تُسْقِطْه العَلانِيَةُ ، فبَقِىَ وجُوبُه ، فأمَّا إن اتَّفَقا على أن المهرَ أَلْفٌ ، وأنَّهما يَعْقِدانِ العقدَ بأَلْفَيْنِ تَجمُّلًا ، ففَعَلا[4] ذلك ، فالمهرُ أَلْفانِ ؛ لأنَّها تَسْمِيةٌ صحيحةٌ فى عَقْدٍ صحيحٍ ، فوَجَبَتْ ، كما لو لم يَتَقَدَّمْها اتِّفاقٌ على خِلافِها . وهذا أيضًا قولُ القاضى ، ومذهبُ الشافعىِّ . ولا فَرْقَ فيما ذكرناه بين أن يكونَ السرُّ من جِنْسِ العَلانِيَةِ ، نحو أن يكونَ السرُّ أَلفًا والعَلانِيَةُ أَلْفينِ ، أو يكُونا من جِنْسَيْنِ ، مثل أن يكونَ السرُّ مائةَ دِرْهمٍ والعَلانِيَةُ مائةَ دِينارٍ . وإذا قُلْنا : إنَّ الواجبَ مهرُ العَلانِيَةِ . فيُسْتَحَبُّ للمرأةِ أن تَفِىَ للزَّوْجِ بما وَعَدَتْ به ، وشَرَطَتْه على نَفْسِها ، من أنَّها لا تأْخُذُ إلَّا مهرَ السِّرِّ . قال أحمدُ ، فى رواية ابنِ منصورٍ : إذا تزوجَ[5] امرأةً فى السِّرِّ بمهرٍ ، وأعْلَنُوا مَهْرًا ، يَنْبَغِى لهم أن يَفُوا ، ويُؤْخَذ بالعَلانِيَةِ . فاسْتَحَبَّ الوفاءَ بالشَّرْطِ ، لئلَّا يَحْصُلَ منهم غُرُورٌ ، ولأنَّ النَّبِىَّ ﷺ قال : « المُؤْمِنُونَ عَلَى شُرُوطِهِم »[6] . وعلى قولِ القاضى ، إذا ادَّعَى الزَّوْجُ عَقْدًا فى السرِّ انْعَقَدَ به النِّكاحُ ،

١٣٢/٧ ظ

---

(١) فى ا ، م : « فيثبت » .

(٢) فى النسخ : « عيينة » . وهو الحكم بن عتيبة الكندى . تقدم فى : ٣ / ٤٤٩ .

(٣) فى م : « ذكرنا » .

(٤) فى ا ، ب ، م : « ففعل » .

(٥) فى الأصل ، ب : « زوج » .

(٦) تقدم تخريجه فى : ٦ / ٣٠ .

فيه مَهْرٌ قليلٌ ، فصَدَّقته[7] ، فليس لها سِوَاهُ ، وإن أنْكَرَتْه ، فالقولُ قولُها ؛ لأنَّها مُنْكِرَةٌ . وإن أقَرَّتْ به ، وقالت : هما مَهْران فى نكاحَيْنِ . وقال : بل نكاحٌ واحدٌ ، أسْرَرْناه ثم أظْهَرْناه . فالقولُ قولُها ؛ لأنَّ الظاهرَ أنَّ الثانىَ عَقْدٌ صحيحٌ يُفِيدُ حُكْمًا كالأوَّلِ ، ولها المهرُ فى العَقْدِ الثانى ، ونِصْفُ المهرِ فى العَقْدِ الأوَّلِ ، إن ادَّعَى سُقُوطَ نِصْفِه بالطَّلاقِ قبلَ الدُّخولِ ، وإن أصَرَّ على الإنْكارِ ، سُئِلَتِ المرأةُ ، فإن ادَّعَتْ أنَّه دَخَلَ بها فى النكاحِ الأوَّلِ ، ثم طَلَّقَها طلاقًا بائِنًا ، ثم نَكَحَها نِكاحًا ثانيًا ، حَلَفَتْ على ذلك واسْتَحَقَّتْ ، وإن أقَرَّتْ بما يُسْقِطُ نِصْفَ المَهْرِ أو جَمِيعَه ، لَزِمَها ما أقَرَّتْ به .

١٣٣/٧و **فصل** : إذا تزوَّجَ أرْبَعَ نِسْوَةٍ فى / عقدٍ واحدٍ ، بمهرٍ واحدٍ ، مثل أن يكونَ لَهُنَّ وَلِىٌّ واحدٌ ، كبَناتِ الأعْمامِ ، أو مُولِّياتٌ لمَوْلًى واحدٍ ، أو مَنْ ليس لهنَّ وَلِىٌّ ، فزَوَّجَهُنَّ الحاكِمُ ، أو كان لهنَّ أوْلِياءُ فوَكَّلُوا وَكِيلًا واحدًا ، فعَقَدَ نِكاحَهُنَّ مع رَجُلٍ ، فقَبِلَه ، فالنكاحُ صحيحٌ ، والمهرُ صَحِيحٌ . وبهذا قال أبو حنيفةَ . وهو أشْهَرُ قولَىِ الشافعىِّ . والقول الثانى ، أنَّ المهرَ فاسِدٌ ، ويجبُ مهرُ المِثْلِ ؛ لأنَّ ما يجبُ لكلِّ واحدةٍ منهنَّ من المهرِ غيرُ مَعْلُومٍ . ولَنا ، أنَّ الفَرْضَ فى الجُمْلةِ مَعْلومٌ ، فلا يَفْسُدُ لجَهالَتِه فى التَّفْصيلِ ، كما لو اشْتَرَى أرْبَعةَ أعْبُدٍ من رَجُلٍ بثَمَنٍ واحدٍ ، وكذلك الصُّبْرَةُ بثَمنٍ واحدٍ ، وهو لا يَعْلَمُ قَدْرَ قُفْزانِها . إذا ثَبَتَ هذا ، فإنَّ الصَّداقَ يُقْسَمُ بينهنَّ على قَدْرِ مُهُورِهِنَّ فى قولِ القاضى ، وابنِ حامدٍ . وهو قولُ أبى حنيفةَ ، [8]وصاحِبَيْه[8] ، والشافعىِّ . وقال أبو بكر : يُقْسَمُ بينهنَّ بالسَّوِيَّةِ ؛ لأنَّه أضافَه إليهنَّ إضافةً واحدةً ، فكان بينهنَّ بالسَّوَاءِ[9] ، كما لو وَهَبه لهنَّ ، أو أقَرَّ به لهنَّ ، وكما لو اشترَى جماعةٌ ثوبًا بأثْمانٍ مُخْتَلِفةٍ ، ثم باعُوه مُرابحةً أو مُساوَمةً ، كان الثمنُ بينهم بالسَّواءِ ، وإن اخْتَلَفَتْ رُؤُوسُ أمْوالِهِم ، ولأنَّ القَوْلَ بتَقْسِيطِهِ يُفْضِى إلى جَهالةِ العِوَضِ لكلِّ واحدةٍ منهنَّ ، وذلك يُفْسِدُه . ولَنا ، أنَّ الصَّفْقةَ

---

(٧) فى م : « قصد فيه » .

(٨-٨) سقط من : الأصل .

(٩) فى م : « بالسوية » .

اشْتَمَلتْ على شَيْئَيْنِ[١٠] مُخْتَلِفَي القِيمةِ ، فوَجَبَ تَقْسِيطُ العِوَضِ عليهما[١١] بالقِيمةِ ، كما لو باع شِقْصًا وسَيْفًا ، أو كما لو ابْتاعَ عَبْدَيْنِ ، فوجد أحَدَهُما حُرًّا أو مَغْصُوبًا . وقد نصَّ أحمدُ ، فى من ابْتاعَ عَبْدينِ ، فإذا أحَدُهُما حُرٌّ ، أنَّه يَرْجِعُ بقِيمَتِه من الثمنِ . وكذلك نَصَّ فى مَن تزوَّجَ على جارِيَتَيْنِ ، فإذا إحداهُما حُرَّةٌ ، أنَّه يَرْجِعُ بقيمةِ الحُرَّةِ . ولو اشترَى شَيْئَينِ[١٢] ، فوجَدَ أحَدَهُما مَعِيبًا ، فردَّه ، لرَجَعَ[١٣] بقِسْطِه من الثمنِ . وما ذكَرَه من المسألةِ غيرُ مُسَلَّمٍ له ، وإن سُلِّمَ فالقِيمةُ ثَمَّ واحدةٌ ، بخلافِ مَسْأَلَتِنا . وأما الهِبَةُ والإِقْرارُ ، فليس فيهما قِيمةٌ يُرْجعُ إليها ، وتُقَسَّمُ الهِبَةُ عليها ، بخلافِ مسألَتِنا ، وإفْضاؤُه إلى جَهَالةِ التَّفْصيلِ ، لا يَمْنَعُ الصِّحّةَ إذا كان معلومَ الجُملةِ ، ويتَفرَّعُ عن هذه المسألةِ ، إذا خالَعَ امْرأتينِ بعِوَضٍ واحِدٍ ، أو كاتَبَ عَبِيدًا بعِوَضٍ واحِدٍ ، فإنَّه[١٤] يَصِحُّ مع الخِلافِ فيه ، ويُقَسَّمُ العِوَضُ فى الخُلْعِ على قَدْرِ المَهْرَيْنِ ، وفى الكِتابةِ على قدرِ قيمةِ العَبِيدِ . وعلى قولِ أبى بكرٍ ، يُقَسَّمُ بالسَّوِيّةِ فى المسألَتَيْنِ .

فصل : وإذا تزوَّجَ امرأتينِ بصَداقٍ / واحِدٍ ، وإحداهما ممَّن لا يَصِحُّ العَقْدُ عليها ؛ ٧/١٣٣ظ لكَوْنِها مُحَرَّمةً عليه ، أو غير ذلك ، وقُلْنا بصِحَّةِ النكاحِ فى الأُخْرَى ، فلها بحِصَّتِها من المُسَمَّى . وبه قال الشافعيُّ على قولٍ ، وأبو يوسفَ . وقال أبو حنيفةَ : المُسَمَّى كلُّه للتى يَصِحُّ نِكاحُها ؛ لأنَّ العَقْدَ الفاسدَ لا يتعلَّقُ به حُكْمٌ بحالٍ[١٥] ، فصار كأنَّه تزوَّجَها والحائطَ بالمُسَمَّى . ولَنا : أنَّه عَقْدٌ على عَيْنَيْنِ ، إحداهما لا يَجُوزُ العَقْدُ عليها ، فلَزِمَه فى الأُخْرَى بحِصَّتِها ، كما لو باعَ عَبْدَه وأُمَّ وَلَدِه . وما ذكَرُوه ليس بصحيحٍ ؛ فإنَّ المرأةَ فى مُقابَلةِ نِكاحِها مَهْرٌ بخلافِ الحائطِ .

---

(١٠) فى ا ، ب ، م : « سببين » .
(١١) فى الأصل ، م : « عليها » .
(١٢) فى م : « عبدين » .
(١٣) فى الأصل : « يرجع » .
(١٤) فى م : « أنه » .
(١٥) سقط من : ب .

فصل : فإن جَمَعَ بين نكاحٍ وبَيْعٍ ، فقال : زَوَّجْتُكَ ابْنَتِى ، وبعْتُكَ [16]عَبْدِى هذا[16] بألْفٍ . صَحَّ ، ويُقَسَّطُ الألْفُ عليهما[17] ، علَى صَداقِها ، وقيمةِ العبدِ[18] . وإن قال : زَوّجْتُكَ ابنتِى ، واشْتَرَيْتُ منك عَبْدَكَ هذا بألْفٍ . فقال : بِعْتُكَه ، وقَبِلْتُ النكاحَ . صَحَّ ، ويُقسَّطُ الألْفُ على العَبْدِ ومَهْرِ مثْلِها[19] . وقال الشافعىُّ ، فى أحدِ قَوْلَيْهِ : لا يَصِحُّ البيعُ [20]ولا المهرُ[20] ؛ لإفْضائِه إلى الجَهالةِ . ولَنا ، أنَّهما عَقْدانِ يَصِحُّ كلُّ واحدٍ منهما مُنْفَرِدًا ، فصَحَّ جَمْعُهُما ، كما لو باعَه ثَوْبَيْنِ . فإن قال : زَوّجْتُكَ ولك هذا الألْفُ بألْفَيْنِ . لم يَصِحَّ المهرُ ؛ لأنَّه كمَسْألةِ مُدِّ عَجْوَةٍ .

فصل : وإن تزوَّجها على ألفٍ إن كان أبُوها حَيًّا ، وعلى ألْفَيْنِ إن كان أبوها[21] مَيِّتًا ، فالتَّسْمِيةُ فاسدةٌ ، ولها صَداقُ نِسائِها . نَصَّ عليه أحمدُ ، فى روايةِ مُهَنَّا ؛ لأنَّ حالَ الأبِ غيرُ مَعْلُومةٍ ، فيكونُ مَجْهُولًا . وإن قال : تَزَوَّجْتُكِ على ألفٍ إن لم أُخْرِجْكِ من دارِكِ ، وعلى ألْفَيْنِ إن أَخْرَجْتُكِ منها[21] . أو على ألِفٍ إن لم يكُنْ لى امرأةٌ ، وعلى ألْفينِ إن كانتْ لى امرأةٌ . فنَصَّ أحمدُ على صِحَّةِ التَّسْمِيَةِ فى هاتَيْنِ المسألتَيْنِ . وقال القاضى ، وأبو بكرٍ : فى الجميعِ رِوَايتَان ؛ إحداهما ، لا يصحُّ . واختارَه أبو بكرٍ ؛ لأنَّ سَبِيلَه سبيلُ الشَّرْطَيْنِ ، فلم يَجُزْ ، كالبيعِ . والرِّواية الثانية ، يصحُّ ؛ لأنَّ ألْفًا مَعْلُومٌ ، وإنَّما جُهِلَ الثانى وهو مُعَلَّقٌ[22] على شَرْطٍ ، فإن وُجِدَ الشَّرْطُ كان زِيادةً فى الصَّداقِ ، والصَّداقُ تجوزُ الزِّيادةُ فيه . والأُولَى أَوْلَى . والقول بأنَّ هذا تعليقٌ على شَرْطٍ لا يصحُّ ؛ لِوَجْهَيْن ؛ أحدهما ، أنَّ الزِّيادةَ لا يَصِحُّ تَعْلِيقُها على شَرْطٍ ، فلو قال : إن ماتَ أبُوكِ ،

(16–16) فى ا ، ب ، م : « دارى هذه » .

(17) سقط من : ا ، ب ، م .

(18) فى ا ، ب ، م : « الدار » .

(19) فى ا ، ب ، م : « المثل » .

(20–20) فى ا ، ب ، م : « والمهر » .

(21) سقط من : الأصل ، ا .

(22) فى الأصل ، م : « معلوم » .

فقد زِدْتُكِ فى صَداقِكِ ألفًا . لم تصِحَّ ، ولم تَلْزَم الزِّيادةُ عندَ مَوْتِ الأبِ . والثانى ، أنَّ الشَّرْطَ هٰهُنا لم يتَجَدَّدْ فى قولِه : إن كان لى زَوْجةٌ ، أو إن كان أبوكِ مَيِّتًا . ولا الذى جَعَلَ الألفَ فيه معلومَ الوُجُودِ ، / ليكونَ الألفُ الثانى زِيادةً عليه . ويُمْكِنُ الفَرْقُ بين المسألةِ التى نَصَّ أحمدُ[23] على إبْطالِ التَّسْمِيَةِ فيها ، وبين التى نَصَّ على الصِّحَّةِ فيها ، بأنَّ الصِّفَةَ التى جعلَ الزِّيادةَ فيها ليس للمرأةِ فيها غَرَضٌ[24] يَصِحُّ بَذْلُ العِوَضِ فيه ، وهو كونُ أبيها مَيِّتًا ، بخلافِ المسْألَتيْنِ اللَّتيْنِ صَحَّتِ التَّسْمِيَةُ فيهما ، فإنَّ خُلُوَّ المرأةِ من ضَرَّةٍ تُغِيرُها ، وتُقاسِمُها ، وتُضَيِّقُ عليها ، من أكْبَرِ أغْراضِها ، وكذلك قَرارُها[25] فى دارِها بين أهْلِها وفى وَطَنِها ، فلذلك خَفَّفَتْ صَداقَها لِتَحْصِيلِ غَرَضِها[26] ، وثَقَّلَتْه عند فَواتِه . فعلى هذا يَمْتَنِعُ قياسُ إحْدَى الصُّورَتَيْنِ على الأُخْرَى ، ولا يكونُ فى كلِّ مسألةٍ إلَّا رِوايةٌ واحدةٌ ، وهى الصِّحَّةُ فى المسْألَتَيْنِ الآخِرَتَيْنِ ، والبُطْلانُ فى المسألةِ الأُولَى ، وما جاء من المسائلِ أُلْحِقَ بأَشْبَهِهِما به .

٧/١٣٤و

فصل : وإن تزَوَّجَها على طَلاقِ امْرأةٍ له أُخْرَى ، لم تَصِحَّ التَّسْمِيَةُ ، ولها مهرُ مِثْلِها . وهذا اختيارُ أبى بكرٍ ، وقولُ أكثرِ الفقهاءِ ؛ لأنَّ هذا ليس بمالٍ . وإنَّما قال الله تعالى : ﴿ أَن تَبْتَغُوا بِأَمْوَالِكُم ﴾[27] . ولأنَّ النَّبِىَّ ﷺ قال : « لَا تَسْأَلِ الْمَرْأَةُ طَلَاقَ أُخْتِها ، لِتَكْتَفِئَ[28] مَا فِى صَحْفَتِهَا ، ولْتَنْكِحْ ، فَإِنَّمَا لَهَا مَا قُدِّرَ لَهَا » . صحيحٌ[29] . ورَوَى عبدُ الله بن عَمْرٍو ، عن النَّبِىِّ ﷺ ، أنَّه قال : « لَا يَحِلُّ لِرَجُلٍ أَنْ يَنْكِحَ امْرَأَةً بِطَلَاقِ أُخْرَى »[30] . ولأنَّ هذا لا يَصْلُحُ[31] ثَمَنًا فى بَيْعٍ ، ولا أجْرًا فى إجارةٍ ، فلم يصحَّ

---

(٢٣) سقط من : الأصل .

(٢٤) فى الأصل ، ب : « عوض » .

(٢٥) فى م : « إقرارها » .

(٢٦) فى ب : « عوضها » .

(٢٧) سورة النساء ٢٤ .

(٢٨) فى ا ، ب : « لتكفئ » .

(٢٩) تقدم تخريجه فى : ٦ / ٣٠٦ ، ٩ / ٤٨٦ .

(٣٠) أخرجه الإمام أحمد ، فى : المسند ٢ / ١٧٦ .

(٣١) فى م : « يصح » .

صَداقًا ، كالمَنافعِ المُحَرَّمةِ ، فعلى هذا يكونُ حُكْمُه حُكْمَ مالو أصْدَقَها خَمْرًا ونحوه ، يكونُ لها مهرُ المثلِ أو نِصْفُه إن طَلَّقَها قبلَ الدُّخولِ ، أو المُتْعةِ عند مَنْ يُوجِبُها فى التَّسْمِيَةِ الفاسِدةِ . وعن أحمدَ ، روايةٌ أُخْرَى ، أنَّ التَّسْمِيَةَ صحيحةٌ ؛ لأنَّه شَرَطَ فِعْلًا لها فيه نَفْعٌ وفائدةٌ ، لما يَحْصُلُ لها من الرَّاحةِ بطَلَاقِها من مُقَاسَمتِها ، وضَرَرِها ، والغَيْرةِ منها ، فصَحَّ صَداقًا[32] ، كعِتْقِ أبيها ، وخياطةِ قَمِيصِها ، ولهذا صَحَّ بَذْلُ العِوَضِ فى طَلاقِها بالخُلْعِ . فعلى هذا ، إن لم يُطَلِّقْ ضَرَّتَها ، فلها مثلُ صَداقِ الضَّرَّةِ ؛ لأنَّه سَمَّى لها صَداقًا لم يَصِلْ إليه ، فكان لها قِيمَتُه ، كما لو أصْدَقَها عبدًا ، فخَرَجَ حُرًّا . ويَحْتَمِلُ أنَّ لها مَهْرَ مِثْلِها ؛ لأنَّ الطَّلاقَ لا قِيمَةَ له . وإن جَعَلَ صَداقَها أنَّ طَلاقَ ضَرَّتِها إليها إلى سنةٍ ، فلم تُطَلِّقْها ، فقال أحمدُ : إذا تزوَّجَ امرأةً ، وجَعَلَ طَلاقَ الأُولَى مَهْرَ الأخرَى إلى سنةٍ أو إلى وقتٍ ، فجاء الوقتُ ولم تَقْضِ شيئًا ، رَجَعَ الأمرُ إليه . فقد أسْقَطَ أحمدُ حَقَّها ؛ لأنَّه جَعَلَه ١٣٤/٧ظ / لها إلى وقتٍ ، فإذا مَضَى الوقتُ ولم تَقْضِ فيه شيئًا ، بَطَلَ تَصَرُّفُها كالوَكِيلِ ، وهل يَسْقُطُ حَقُّها من المهرِ ؟ فيه وَجْهان ، ذكَرَهما أبو بكرٍ ؛ أحدهما ، يَسْقُطُ ؛ لأنَّها تَرَكَتْ ما شَرَطَ لها باخْتيارِها ، فسَقَطَ حقُّها ، كما لو تزوَّجَها على عبدٍ فأعْتَقَتْه . والثانى ، لا يسْقُطُ ؛ لأنَّها أَخَّرَتِ اسْتِيفاءَ حَقِّها ، فلا يَسْقُطُ ، كما لو أخَّرَتْ[33] قَبْضَ دَراهِمِها . وهل تَرْجِعُ إلى مَهْرِ مِثْلِها ، أو إلى مَهْرِ الأُخْرَى ؟ [34]فيه وَجْهان[34] .

فصل : الزِّيادةُ فى الصَّداقِ بعدَ العَقْدِ تَلْحَقُ به . نَصَّ عليه أحمدُ ، قال ، فى الرَّجُلِ يتزوجُ المرأةَ على مَهْرٍ ، فلمَّا رآها زادَها فى مَهْرِها : فهو جائزٌ ، فإن طَلَّقها قبلَ أن يَدْخُلَ بها ، فلها نِصْفُ الصَّداقِ الأوَّلِ ، والذى زادَها . وهذا قولُ أبى حنيفةَ . وقال الشافعىُّ : لا تَلْحَقُ الزِّيادةُ بالعَقْدِ ، فإن زادَها فهى هِبَةٌ تَفْتَقِرُ إلى شُرُوطِ الهِبةِ ، وإن طَلَّقها بعدَ هِبَتِها ، لم يَرْجِعْ بشىءٍ من الزِّيادةِ . قال القاضى : وعن أحمدَ مثلُ ذلك ، فإنَّه قال : إذا

(٣٢) فى الأصل : « صداقها » .

(٣٣) فى م : « أجلت » .

(٣٤-٣٤) فى ا ، ب ، م : « يحتمل وجهين » .

زَوَّجَ رجلٌ أَمتَه عبْدَه ، ثم أَعْتَقَهُما جميعًا ، فقالتِ الأَمَةُ : زِدْنِى فى مَهرِى حتى أَخْتارَكَ . فالزِّيادةُ للأَمَةِ ، ولو لَحِقَتْ بالعَقْدِ ، كانت الزِّيادةُ للسَّيِّدِ . وليس هذا دليلًا على أنَّ الزِّيادةَ لا تَلْحَقُ بالعَقْدِ ، فإنَّ معنى لُحُوقِ الزِّيادةِ بالعَقْدِ ، أنَّها تَلْزَمُ ويَثْبُتُ فيها أحكامُ الصَّداقِ ؛ من التَّنصِيفِ بالطَّلاقِ قبلَ الدُّخولِ ، وغيرِه ، وليس مَعْناه أنَّ المِلْكَ يَثْبُتُ فيها قبلَ وُجودِها ، وأنَّها تكونُ للسَّيِّدِ . واحْتَجَّ الشافعىُّ بأنَّ الزَّوْجَ مَلَكَ البُضْعَ بالمُسَمَّى فى العقدِ ، فلم يَحْصُلْ بالزِّيادةِ شىءٌ من المَعْقُودِ عليه ، فلا تكونُ عِوَضًا فى النكاحِ ، كما لو وَهَبَها شيئا ، ولأنَّها زِيادةٌ فى عِوَضِ العَقْدِ بعدَ لُزُومِه ، فلم يُلْحَقْ به ، كما فى البَيْعِ . ولَنا ، قولُ اللهِ تعالى : ﴿ وَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِيمَا تَرَاضَيْتُم بِهِ مِن بَعْدِ الْفَرِيضَةِ ﴾[35] . ولأنَّ ما بعدَ العَقْدِ زَمَنٌ لِفَرْضِ المهرِ ، فكان حالةَ الزِّيادةِ كحالةِ العَقْدِ . وبهذا فارَقَ البَيْعَ والإِجارةَ . وقولُهم : إنَّه لم يَمْلِكْ به شيئا من المَعْقُودِ عليه . قُلْنا : هذا يَبْطُلُ بجميعِ الصَّداقِ ؛ فإنَّ المِلْكَ ما حَصَلَ به ، ولهذا صَحَّ خُلُوُّه عنه ، وهذا أَلْزَمُ عندَهم ، فإنَّهم قالوا : مَهْرُ المُفَوَّضةِ إنَّما وَجَبَ بِفَرْضِه لا بالعَقْدِ ، وقد مَلَكَ البُضْعَ بدونه . ثم إنَّه يجوزُ أن يَسْتَنِدَ ثُبُوتُ هذه الزِّيادةِ إلى حالةِ العَقْدِ ، فيكونَ كأنَّه ثَبَتَ بهما جميعًا ، كما قالوا فى مَهْرِ المُفَوَّضةِ إذا فَرَضَه ، وكما / قُلْنا جميعا فيما إذا فَرَضَ لها أكثَرَ من مَهْرِ مِثْلِها . إذا ثَبَتَ هذا ، فإنَّ معنى لُحُوقِ الزِّيادةِ بالعقدِ أنَّه يَثْبُتُ لها حُكْمُ المُسَمَّى فى العَقْدِ ، فى أنَّها تتنصَّفُ بالطلاقِ ، ولا تفْتَقِرُ إلى شُرُوطِ الهِبَةِ ، وليس مَعْناه أنَّ المِلْكَ يَثْبُتُ فيها من حينِ العَقْدِ ، [36]ولا أنَّها[36] تَثْبُتُ لمن كان الصَّداقُ له ؛ لأنَّ المِلْكَ لا يجوزُ تَقَدُّمُه على سَبَبِه ، ولا وُجُودُه فى حالِ عَدَمِه ، وإنَّما يَثْبُتُ المِلْكُ بعدَ سَبَبِه من حينئذٍ . وقال القاضى : فى الزِّيادةِ وَجْهٌ آخَرُ ، أنَّها تَسْقُطُ بالطَّلاقِ . ولا أعْرِفُ وجهَ ذلك ، فإنَّ مَنْ جَعَلَها صداقًا ، جعَلَها تستقرُّ بالدُّخولِ ، وتتنصَّفُ بالطَّلاقِ قبلَه ، وتَسْقُطُ كلُّها إذا جاء الفَسْخُ من قِبَلِ المرأةِ ، ومَنْ جعَلَها هِبَةً جعلها جَمِيعَها للمرأةِ ، لا

١٣٥/٧ و

(٣٥) سورة النساء ٢٤ .

(٣٦-٣٦) فى م : « ولأنَّها » .

تتنصَّفُ بطَلاقِها ، إلَّا أن تكونَ غيرَ مَقْبوضةٍ ، فإنَّها تسْقُطُ لكَوْنِها عِدَةً غيرَ لازِمَةٍ ، فإن كان القاضى أراد ذلك فهو[37] وَجْهٌ[38] ، وإلَّا فلا .

١٢١٥ – مسألة ؛ قال : (وَإذَا أَصْدَقَها غَنَمًا فتَوَالَدتْ ، ثُمَّ طَلَّقَهَا قَبْلَ الدُّخُولِ ، كَانَتِ الْأَوْلَادُ لَهَا ، ورَجَعَ بِنِصْفِ الأُمَّهَاتِ ، إِلَّا أَنْ تَكُونَ الْوِلَادَةُ نَقَصَتْها ، فَيَكُونُ مُخيَّرًا بَيْنَ أَنْ يأْخُذَ نِصْفَ قِيمَتِهَا وَقْتَ مَا أَصْدَقَها أَوْ يَأْخُذَ نِصْفَهَا نَاقِصَةً)

قد ذكَرْنا أنَّ المَهْرَ يَدْخُلُ فى مِلْكِ المرأةِ بمُجَردِ العَقْدِ ، فإذا زادَ فالزِّيادةُ لها ، وإن نَقَصَ فعَلَيْها . وإذا كانتْ غَنَمًا فتوالَدَتْ[1] ، فالأولادُ زِيادَةٌ مُنْفَصِلةٌ ، تَنْفَرِدُ بها دُونَه ؛ لأنَّه[2] نماءُ مِلْكِها . ويَرْجِعُ فى نِصْفِ الأُمَّهاتِ ، إن لم تكُنْ نَقَصَتْ ، ولا زادَتْ زِيادةً مُتَّصِلةً ؛ لأنَّه نِصْفُ ما فَرَضَ لها ، وقد قال اللهُ تعالى : ﴿ وَإِنْ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمَسُّوهُنَّ وَقَدْ فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ ﴾[3] . وإن كانتْ نَقَصَتْ بالوِلادةِ أو بغيرِها ، فله الخِيارُ بينَ أخْذِ نِصْفِها ناقِصًا ؛ لأنَّه راضٍ بدُونِ حَقِّه ، وبينَ أخْذِ نِصْفِ قِيمَتِها وَقْتَ ما أصْدَقَها ؛ لأنَّ ضَمانَ النَّقْصِ عليها ، وبهذا قال الشافعىُّ . وقال أبو حنيفةَ : لا يَرْجِعُ فى نِصْفِ الأَصْلِ ، وإنَّما يَرْجِعُ فى نِصْفِ القِيمةِ ؛ لأنَّه لا يَجُوزُ فَسْخُ العقدِ فى الأَصْلِ دُونَ النَّماءِ ؛ لأنَّه مُوجِبُ العَقْدِ ، فلم يَجُزْ رُجُوعُه فى الأَصْلِ بدُونِه . ولَنا ، أنَّ هذا نَماءٌ مُنْفَصِلٌ عن الصَّداقِ ، فلم يَمْنَعْ رُجُوعَ الزَّوْجِ ، كما لو انْفَصَلَ قبلَ القَبْضِ ، وما ذكَرُوه فغيرُ صحيحٍ ؛ لأنَّ الطلاقَ ليس برَفْعٍ للعقدِ ، ولا النَّماءُ / من مُوجِباتِ العَقْدِ ، إنَّما هو من مُوجِباتِ المِلْكِ . إذا ثَبَتَ هذا ، فلا فَرْقَ بين كَوْنِ

١٣٥/٧ظ

---

(٣٧) فى ا ، ب ، م : « فهذا » .

(٣٨) فى م : « وجهه » .

(١) فى الأصل ، ا ، م : « فولدت » .

(٢) فى ب : « لأنها » .

(٣) سورة البقرة ٢٣٧ .

الولادةِ قبلَ تَسْلِيمِه إليها أو بعدَه ، إلَّا أن يكونَ قد مَنَعَها قَبْضَه ، فيكونَ النَّقْصُ من ضَمانِه ، والزِّيادةُ لها ، فتَنْفَرِدُ بالأَوْلادِ . وإن نَقَصَتِ الأُمَّهاتُ ، خُيِّرَتْ بين أَخْذِ نِصْفِها ناقصةً ، وبين أَخْذِ نصفِ قيمَتِها أكثرَ ما كانت من يوم أصْدَقَها إلى يوم طَلَّقَها . وإن أراد الزَّوْجُ أخْذَ نِصْفِ قيمةِ الأُمَّهاتِ من المرأةِ ، لم يَكُنْ له ذلك . وقال أبو حنيفةَ : إذا وَلَدَتْ فى يَدِ الزَّوْجِ ، ثم طَلَّقَها قبلَ الدُّخولِ ، رَجَعَ فى نصفِ الأَوْلادِ أيضا ؛ لأَنَّ الولدَ دَخَلَ فى التَّسْليمِ المُسْتَحَقِّ بالعَقْدِ ، لأَنَّ حَقَّ التَّسْليمِ تَعَلَّقَ بالأُمِّ ، فسَرَى إلى الولدِ ، كحَقِّ الاسْتِيلادِ ، وما دَخَلَ فى التَّسْليمِ المُسْتَحَقِّ يتَنَصَّفُ بالطلاقِ ، كالذى دَخَلَ فى العَقْدِ . ولَنا ، قولُ اللهِ تعالى : ﴿ فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ ﴾ . وما فُرِضَ هٰهُنا إلَّا الأُمَّهات ، فلا يتَنَصَّفُ سِوَاها ، ولأَنَّ الولدَ حَدَثَ فى مِلْكِها ، فأشْبَهَ ما حَدَثَ فى يدِها ، ولا يُشْبِهُ حَقُّ التَّسْليمِ حَقَّ الاسْتِيلادِ ، فإن حَقَّ[4] الاستيلادِ يَسْرِى، وحَقّ التَّسْليمِ لا سِرَايةَ له ، فإن تَلِفَ فى يدِ الزَّوجِ ، وكانت المرأةُ قد طالَبَتْ به فمَنَعَها ، ضَمِنَه كالغاصبِ ، وإلَّا لم يَضْمَنْه ؛ لأنَّه تَبَعٌ لأُمِّه .

فصل : والحكمُ فى الصَّداقِ إذا كان جاريةً ، كالحكمِ فى الغَنَمِ ، فإذا وَلَدَتْ كان الولدُ لها ، كولَدِ الغَنَمِ ، إلَّا أنَّه ليس له الرُّجوعُ فى نِصْفِ الأصلِ ؛ لأنه يُفْضِى إلى التَّفْرِيقِ بين الأُمِّ وولدِها فى بعضِ الزَّمانِ ، وكما لا يجوزُ التَّفْريقُ بينَها وبينَ ولدِها فى جميعِ الزَّمانِ ، لا يجوزُ فى بعضِه ، فيَرْجِعُ أيضا فى نصفِ[5] قيمَتِها وَقْتَ ما أصْدَقَها لا غيرُ .

فصل : وإن كان الصَّداقُ بَهيمةً حائِلًا ، فحَمَلَتْ ، فالحملُ فيها زِيَادةٌ مُتَّصِلَةٌ ، إن بَذَلَتْها له بزيادَتِها ، لَزِمَه قَبُولُها ، وليس ذلك مَعْدُودًا نَقْصًا ، ولذلك لا يُرَدُّ به المبيعُ ، وإن كانَ أمَةً ، فحَمَلَتْ ، فقد زادتْ من وَجْهٍ لأجلِ ولدِها ، ونَقَصَتْ من وَجْهٍ ؛ لأَنَّ الحَمْلَ

---

(٤) سقط من : ا ، م .

(٥) سقط من : ب .

فى النِّساءِ نَقْصٌ ، لخَوْفِ التَّلَفِ عليها حينَ الوِلَادةِ ، ولهذا يُرَدُّ بها المَبيع ، فحينئذٍ لا يَلْزَمُها بَذْلُها لأجْلِ الزِّيادةِ ، ولا يَلْزَمُه قَبولُها لأجْلِ النَّقْصِ ، وله نِصْفُ قِيمَتِها . وإن اتَّفَقَا على تَنْصِيفِها ، جاز . وإن أصْدَقَها حاملًا ، فولَدَتْ ، فقد أصْدَقَها عَيْنَيْنِ الجارِيةَ ووَلَدَها ، وزادَ الولدُ فى مِلْكِها ، / فإن طَلَّقها ، فرَضِيَتْ بِبَذْلِ النِّصْفِ من الأُمِّ والوَلَدِ جميعًا ، أُجْبِرَ على قَبُولِهما ؛ لأنَّها زِيَادةٌ غيرُ مُتَمَيِّزةٍ ، وإن لم تَبْذُلْه ، لم يَجُزْ له الرُّجُوعُ فى نِصْفِ الوَلَدِ ؛ لزيادَتِه ، ولا فى نِصْفِ الأُمِّ ؛ لما فيه من التَّفْرِقةِ بينها وبين وَلَدِها ، ويَرْجِعُ بنِصْفِ قِيمَةِ الأُمِّ ، وفى نِصْفِ الوَلَدِ وَجْهان ؛ أحدهما ، لا يَسْتَحِقُّ نِصْفَ قِيمَتِه ؛ لأنَّه حالةَ العَقْدِ لا قِيمةَ له ، وحالةَ الانْفِصالِ قد زاد فى مِلْكِها ، فلا يُقَوِّمُه[6] الزَّوجُ بزِيادَتِه . ويُفارِقُ ولَدَ المَغْرُورِ ، فإنَّ وقتَ الانْفِصالِ وقتُ الحَيْلُولةِ ، فلهذا قُوِّمَ فيها ، بخِلافِ مَسْألَتِنا . والثانى ، له نِصْفُ قِيمَتِه ؛ لأنَّه أصْدَقَها عَيْنينِ ، فلا يَرْجِعُ فى إحْداهما دُونَ الأُخْرَى ، ويُقَوَّمُ حالةَ الانْفِصالِ ؛ لأنَّها أوَّلُ حالةِ إمْكانِ تَقْوِيمِه . وفى المسألةِ وجهٌ آخرُ ، وهو أنَّ الحَمْلَ لا حُكْمَ له ، فيكونُ كأنَّه حادِثٌ .

فصل : إذا كان الصَّداقُ مَكِيلًا أو مَوْزُونًا ، فنَقَصَ فى يَدِ الزَّوجِ قبلَ تَسْلِيمِه إليها ، أو كان غيرَ المَكِيلِ والمَوْزُونِ ، فمَنَعَها أن تَتَسَلَّمه ، فالنَّقْصُ عليه ؛ لأنَّه من ضَمانِه ، وتَتَخَيَّرُ المرأةُ بينَ أخْذِ نِصْفِه ناقِصًا مع أرْشِ النَّقْصِ ، وبينَ أخْذِ نِصْفِ قِيمَتِه أكثرَ ما كانتْ ، من يوم أصْدَقَها إلى يوم طَلَّقَها ؛ لأنَّه إن زاد فلها ، وإن نَقَصَ فعليه ، فهو بمَنْزِلةِ الغاصِبِ ، ولا يَضْمَنُ زيادَةَ القِيمَةِ لِتغَيُّرِ الأسْعارِ ؛ لأنَّها ليست من ضَمانِ الغاصِبِ ، فههُنا أوْلَى .

١٢١٦ ــ مسألة ؛ قال : (**وَإِذَا أصْدَقَهَا أرْضًا ، فَبَنَتْهَا دَارًا ، أو ثَوْبًا ، فَصَبَغَتْهُ ، ثُمّ طَلَّقَهَا قَبْلَ الدُّخُولِ ، رَجَعَ بِنِصْفِ قِيمَتِهِ وَقْتَ مَا أصْدَقَهَا ، إلَّا أنْ**

---

(٦) فى م : « يقوم » .

يَشَاءَ أَنْ يُعْطِيَهَا نِصْفَ قِيمَةِ الْبَنَاءِ وَالصِّبْغِ[1] ، فَيَكُونُ لَهُ النِّصْفُ ، أو تَشَاءَ هِىَ أَنْ تُعْطِيَهُ زَائِدًا ، فَلَا يَكُونُ لَهُ غَيْرُهُ)

إِنَّمَا كان له نِصْفُ القِيمَة ؛ لأنَّه قد صار فى الأرْضِ والثوبِ زِيادةٌ للمرأةِ ، وهى البناءُ والصِّبْغُ ، فإن دَفَعَتْ إليه نِصْفَ الجميعِ زائدًا ، فعليه قَبُولُه ؛ لأنَّه حَقُّه وزِيادةٌ . وإن بَذَلَ لها نِصْفَ قِيمَةِ الْبِناءِ والصِّبْغِ ، ويكونُ له النِّصْفُ ، فقال الخِرَقِىُّ : « له ذلك » . قال القاضى : هذا محمولٌ على أنَّهما تَرَاضَيَا بذلك ، (2لا أنَّها2) تُجْبَرُ على قَبُولِه ؛ لأنَّ بَيْعَ البِناءِ مُعَاوَضَةٌ ، فلا تُجْبَرُ المرأةُ عليها . والصحيحُ أنَّها تُجْبَرُ ؛ لأنَّ الأرْضَ حَصَلَتْ له ، وفيها بناءٌ لغيرِه ، فإذا بَذَلَ الْقِيمَةَ ، لَزِمَ الآخَرَ قَبُولُه ، كالشَّفِيعِ إذا أخَذَ الأرْضَ بعدَ بِنَاءِ المُشْتَرِى فيها ، فبَذَلَ الشَّفِيعُ قِيمَتَه ، لَزِم المُشْتَرِىَ ، قَبُولُها[3] ، وكذلك / إذا رَجَعَ المُعِيرُ فى أرْضِه ، وفيها بناءٌ أو غَرْسٌ للمُسْتَعِيرِ ، فبَذَل المُعِيرُ قِيمةَ ذلك ، لَزِمَ[4] المُسْتَعِيرَ قَبُولُها . ٧/١٣٦ظ

فصل : إذا أصْدَقَها نَخْلًا حائِلًا ، فأثْمَرَتْ فى يده ، فالثَّمرةُ لها ؛ لأنَّها نَماءُ مِلْكِها ، فإن جَذَّها بعدَ تَناهِيها ، وجَعَلَها فى ظُرُوفٍ ، وألْقَى عليها صَقْرًا ، من صَقْرِها ، وهو سَيَلانُ الرِّطبِ بغيرِ[5] طَبْخٍ ، وهذا يَفْعَلُه أهلُ الحِجازِ حِفْظًا لرُطُوبَتِها ، لم يَخْلُ من ثلاثةِ أحوالٍ ؛ أحدها ، أن لا تَنْقُصَ قِيمَةُ الثَّمرَةِ والصَّقْرِ ، بل كانا بحَالِهما ، أو زادا[6] ، فإنَّه يَرُدُّهُما عليها ، ولا شىءَ عليه . الثانى ، أن تَنْقُصَ قِيمَتُهما ، وذلك على ضَرْبَيْنِ ؛ أحدهما ، أن يكونَ نَقْصُهُما مُتَناهِيًا ، فإنَّه يَدْفَعُهُما إليها وأرْشَ نَقْصِهِما ؛

---

(١) فى ا ، ب ، م : « أو الصبغ » .
(٢ - ٢) فى ب : « إلا أنها » وفى م : « لأنَّها » .
(٣) فى الأصل : « قبوله » .
(٤) فى ب : « يلزم » .
(٥) فى الأصل : « من غير » .
(٦) فى ا ، ب : « زاد » .

لأنَّه تَعدَّى بما فَعَلَه من ذلك . الضَّرْبُ الثانى ، أن لا يَتناهىَ ، بل يتزايَدُ ، ففيه وَجْهان ؛ أحدهما، (٧أنَّها تَأْخُذُ٧) قِيمَتَها؛ لأنَّها كالمُسْتَهْلكَةِ . والثانى ، هى مُخَيَّرةٌ بينَ ذلك وبينَ تَرْكِها حتى يَسْتَقِرَّ نَقْصُها ، وتأْخُذُها وأَرْشَها ، كالمَغْصُوبِ منه . الحال الثالث ، أن لا تَنْقُصَ قِيمَتُها ، لكن إن أخْرَجَها من ظُرُوفِها نَقَصَتْ قِيمَتُها ، فللزَّوْجِ إخراجُها وأخْذ ظُرُوفِها ، إن كانت الظروفُ مِلْكَه[٨] . وإذا نَقَصَتْ ، فالحُكْمُ على ما ذكَرْناه . وإن قال الزَّوْجُ : أنا أُعْطِيكِها مع ظُرُوفِها . فقال القاضى : يَلْزَمُها قَبُولُها ؛ لأنَّ ظُروفَها كالمُتَّصِلةِ بها التَّابعة لها . ويَحْتَمِلُ أن لا يَلْزَمَها قَبُولُها ؛ لأنَّ الظُّروفَ عَيْنُ مالِه ، فلا يَلْزَمُها قَبُولُها ، كالمُنْفَصِلةِ عنها .

فصل : فإن كانت بحالِها ، إلَّا أن الصَّقْرَ المَتْرُوكَ على الثَّمرةِ مِلْكُ الزَّوجِ ، فإنَّه يَنْزِعُ الصَّقْرَ ، ويَرُدُّ الثَّمرةَ ، والحكمُ فيها إن نَقَصَتْ أو لم تَنْقُصْ ، كالتى قبلَها . وإن قال : أنا أُسَلِّمُها مع الصَّقْرِ والظُّرُوفِ . فعلى الوَجْهَيْنِ اللَّذينِ ذكَرْناهما . وفى الموضعِ الذى حَكَمْنا أنَّ له رَدَّهُ ، إذا قالت : أنا أَرُدُّ الثَّمرةَ ، وآخُذُ الأَصْلَ . فلها ذلك فى أحَدِ الوَجْهينِ . والآخَرِ ، ليس لها ذلك . مَبْنِيَّانِ على تَفْرِيقِ الصَّفْقةِ فى البَيْعِ ، وقد ذكَرْناها فى مَوْضِعِها .

فصل : إذا كان الصَّداقُ جارِيةً ، فوَطِئَها الزَّوجُ ، عالِمًا بزوالِ مِلْكِه ، وتَحْريمِ الوَطْءِ عليه ، فعليه الحَدُّ ؛ لأنَّه وَطْءٌ فى غير مِلْكٍ[٩] ، وعليه المهرُ لسَيِّدَتِها ، أكْرَهَها أو طاوَعَتْه ؛ لأنَّ المهرَ لمَوْلاتِها ، فلا يَسْقُطُ ببَذْلِها ومُطَاوَعَتِها ، كما لو بَذَلَتْ يَدَها للقَطْعِ ، والوَلَدُ رَقِيقٌ[١٠] للمرأةِ . وإن اعْتَقَدَ أنَّ مِلْكَه لم يَزُلْ عن جَميعِها ، (١١كما حُكِىَ عن مالكٍ ، أو كان١١) / غيرَ عالمٍ بتَحْرِيمِها عليه ، فلا حَدَّ عليه للشُّبْهةِ ، وعليه المهرُ ، ١٣٧/٧و

(٧-٧) فى الأصل : « أنه يأخذ » .

(٨) فى ب : « ماله » .

(٩) فى ا ، ب ، م : « ملكه » .

(١٠) فى ب : « رهن » .

(١١-١١) مكان هذا فى ا ، ب ، م : « أو » .

والولدُ حُرٌّ لا حِقٌ نَسَبُه به ، وعليه قِيمَتُه يومَ ولادَتِه ، ولا تَصِيرُ أُمَّ وَلَدٍ له ، وإن مَلَكَها بعدَ ذلك ، لأنَّه لا مِلْكَ فيها ، وتُخَيَّرُ المرأةُ بينَ أخْذِها فى حال حَمْلِها ، وبينَ أخْذِ قِيمَتِها ؛ لأنَّه نَقَصَها بإحْبالِها ، وهل لها الأرْشُ[١٢] مع ذلك ؟ يَحْتَمِلُ أنَّ لها الأرْشَ ؛ لأنَّها نَقَصَتْ بعُدْوانِه ، أشْبَهَ مالو نَقَصَها الغاصِبُ بذلك . وقال بعضُ أصحابِ الشافعىِّ فى الأرْشِ هٰهُنا قَوْلان . وقال بعضُهم : يَنْبَغِى أن يكونَ لها المُطالبةُ بالأرْشِ ، قولًا واحدًا ؛ لأنَّ النَّقْصَ حصَلَ بفِعْلِه الذى تَعَدَّى به ، فهو كالغاصِبِ ، وكما لو طالبَتْه فمَنَعَ تَسْلِيمَها . وهذا أصَحُّ .

فصل : إذا أصْدَقَ ذِمِّىٌّ ذِمِّيَّةً خَمْرًا ، فتَخَلَّلَتْ فى يَدِها ، ثم طَلَّقَها قبلَ الدُّخولِ[١٣] ، احْتَمَلَ أن لا يَرْجِعَ عليها بشىءٍ ؛ لأنَّها قد زادَتْ فى يَدِها بالتَّخَلُّلِ ، والزِّيادةُ لها ، وإن أراد الرُّجُوعَ بنَصْفِ قِيمَتِها قبلَ التَّخَلُّلِ ، فلا قِيمَةَ لها ، وإنَّما يَرْجِعُ[١٤] إذا زادتْ فى نِصْفِ قِيمَتِها أقلَّ ما كانت من حينِ العَقْدِ إلى حينِ القَبْضِ ، وحينئذٍ لا قِيمَةَ لها ، وإن تَخَلَّلتْ فى يَدِ الزَّوجِ ، ثم طَلَّقَها ، فلها نِصْفُها ؛ لأنَّ الزِّيادةَ لها . ويَحْتَمِلُ أن يكونَ الخَلُّ له ، وعليه نِصْفُ مهرِ مِثْلِها ، إذا ترافَعا إلينا قبلَ القَبْضِ ، أو أسْلَما ، أو أحدُهما .

فصل : إذا تزوَّجَ امرأةً ، فضَمِنَ أبوه نَفَقَتَها عَشْرَ سِنِينَ ، صَحَّ . ذكَره أبو بكرٍ ؛ لأنَّ أكثرَ ما فيه أنَّه ضَمَانُ مجهولٍ ، أو ضَمانُ مالم يَجِبْ ، وكلاهما صحيحٌ . ولا فَرْقَ بين كَوْنِ الزَّوجِ مُوسِرًا أو مُعْسِرًا . واخْتَلَفَ أصحابُ الشافعىِّ ؛ فمنهم من قال كقَوْلِنا ، ومنهم مَن قال : لا يَصِحُّ إلَّا ضَمانُ نَفَقةِ المُعْسِرِ ؛ لأنَّ غيرَ المُعْسِرِ يتغَيَّرُ حالُه ، فيكونُ عليه نَفَقةُ المُوسِرِ أو المُتَوَسِّطِ ، فيكونُ ضَمانَ مَجْهُولٍ ، والمُعْسِرُ مَعْلُومٌ ما عليه .

---

(١٢) فى ب : « أرش » .

(١٣) فى الأصل : « دخوله بها » .

(١٤) فى ب : « رجع » .

ومنهم مَنْ قال : لا يَصِحُّ أصْلًا ؛ لأنَّه ضَمانُ ما لم يَجِبْ . ولَنا ، أنَّ الجَهْلَ[15] لا يَمْنَعُ صِحّةَ الضَّمانِ ، بدليلِ صِحَّةِ ضَمانِ نَفَقةِ المُعْسِرِ ، مع احْتِمالِ أن يموتَ أحدُهما فتَسْقُطَ النفقةُ ، ومع ذلك صَحَّ الضَّمانُ ، فكذلك هذا .

فصل : ويجبُ المهرُ للمَنْكُوحةِ نِكاحًا صحيحًا ، والمَوْطُوءةِ فى نِكاحٍ فاسِدٍ ، والمَوْطُوءةِ بشُبْهةٍ . بغيرِ خِلافٍ نَعْلَمُه . ويجبُ للمُكْرَهةِ على الزِّنَى . وعن أحمدَ ، روايةٌ أُخْرَى : أنَّه[16] لا مَهْرَ لها إن كانت ثَيِّبًا . واخْتارَه أبو بكرٍ . ولا يجبُ / مع ذلك أرْشُ البَكارةِ . وذكَر القاضى ، أنَّ أحمدَ قد قال ، فى روايةِ أبى طالبٍ ، فى حَقِّ الأجْنَبِيَّةِ إذا أكْرَهَها على الزِّنَى ، وهى بِكْرٌ : فعليه المهرُ ، وأرشُ البَكارةِ . وهذا قولُ الشافعىِّ . وقال أبو حنيفةَ : لا مَهْرَ للمُكْرَهةِ على الزِّنَى . ولَنا ، قولُ النَّبىِّ ﷺ : « فَلَهَا الْمَهْرُ بِمَا اسْتَحَلَّ مِنْ فَرْجِهَا »[17] . وهذا حُجّةٌ على أبى حنيفةَ ؛ فإنَّ المُكرِهَ مُسْتَحِلٌّ لِفَرْجِها ، فإنَّ الاسْتِحلالَ الفِعْلُ فى غيرِ مَوْضعِ الحِلِّ ، كقوله ﷺ : « مَا آمَنَ بِالْقُرْآنِ مَنِ اسْتَحَلَّ مَحَارِمَهُ »[18] . وهو حُجَّةٌ على مَنْ أوْجَبَ الأرْشَ لِكَوْنِه أوْجَبَ المهرَ وَحْدَه مِن غَيْرِ أرْشٍ ، ولأنَّه اسْتَوْفَى ما يجبُ بَدَلُه بالشُّبْهةِ ، وفى العَقْدِ الفاسدِ كَرْهًا ، فوجَبَ بَدَلُه كإتْلافِ المالِ ، وأكْلِ طعامِ الغَيْرِ . ولَنا ، على أنَّه لا يَجِبُ الأرْشُ ، أنَّه وَطْءٌ ضُمِنَ بالمَهْرِ ، فلم يَجِبْ معه أرْشٌ ، كسائرِ الوَطْءِ ، يُحَقِّقُه أنَّ المهرَ بَدَلُ المَنْفعةِ المُسْتَوفاةِ بالوَطْءِ ، وبَدَلُ المُتْلَفِ لا يَخْتَلِفُ بكَوْنِه فى عَقْدٍ فاسدٍ ، وكَوْنِه تمَحَّضَ عُدْوانًا ، ولأنَّ الأرْشَ يَدْخُلُ فى المهرِ ، لكَوْنِ الواجبِ لها مَهْرَ المِثْلِ ، ومَهْرُ البِكْرِ يَزِيدُ على مَهْرِ الثَّيِّبِ ببَكارَتِها ، فكانت الزِّيادةُ فى المهرِ مُقابِلةً لما أُتْلِفَ من البَكارةِ ، فلا يَجِبُ عِوَضُها مَرَّةً

---

(15) فى م : « الحبل » .

(16) سقط من : الأصل ، ا .

(17) تقدم تخريجه فى : 5 / 88 ، 9 / 345 .

(18) أخرجه الترمذى ، فى : باب حدثنا محمود بن غيلان ... ، من أبواب فضائل القرآن . عارضة الأحوذى 11 / 40 .

ثانية . يُحَقِّقه أنَّه إذا أُخِذَ أرْشُ البَكارةِ مَرَّةً ، لم يَجُزْ أخْذُه[١٩] مَرَّةً أُخرَى ، فتَصِيرُ كأنَّها مَعْدُومةٌ ، فلا يجبُ لها إلَّا مَهْرُ ثَيِّبٍ ، ومَهْرُ الثَّيِّبِ مع أرْشِ البَكارةِ هو مَهْرُ مِثْلِ البِكْرِ ، فلا تجوزُ الزِّيادةُ عليه . واللهُ أعلمُ .

فصل : ولا فَرْقَ بين كَوْنِ المَوْطُوءةِ أجْنَبِيَّةً أو مِن ذَواتِ مَحارِمِه . وهو اختيارُ أبى بكرٍ . ومذهبُ النَّخَعِىِّ ، ومَكْحُولٍ ، وأبى حنيفةَ ، والشافعىِّ . وعن أحمدَ ، روايةٌ أُخْرَى ، أنَّ ذَواتَ مَحارِمِه من النِّساءِ لا مَهْرَ لَهُنَّ . وهو قولُ الشَّعْبىِّ ؛ لأنَّ تَحْرِيمَهُنَّ تَحْرِيمُ أصْلٍ ، فلا يُسْتَحَقُّ به مَهْرٌ . كاللِّوَاطِ ، وفارَقَ مَن حُرِّمَتْ تَحْرِيمَ المُصاهرةِ ، فإنَّ تَحْرِيمَها طارِئٌ . وكذلك يَنْبَغِى أن يكونَ الحُكْمُ فى مَن حُرِّمَتْ بالرَّضاعِ ؛ لأنَّه طارِئٌ أيضا . وعن أحمدَ ، روايةٌ أُخْرَى ، أنَّ مَنْ تَحْرُمُ ابْنَتُها لا مَهْرَ لها ، كالأُمِّ والبِنْتِ والأُخْتِ ، ومن تَحِلُّ ابْنَتُها ، كالعَمَّةِ والخالةِ ، فلها المَهْرُ ؛ لأنَّ تَحْرِيمَها أخَفُّ . ولَنا ، أنَّ ما ضُمِنَ للأجْنَبِىِّ ، ضُمِنَ للمُناسِبِ ، كالمالِ ومَهْرِ الأمَةِ ، ولأنَّه أتْلَفَ مَنْفَعةَ بُضْعِها بالوَطْءِ ، فلَزِمَه مَهْرُها / ، كالأجْنَبِيَّةِ ، ولأنَّه مَحَلٌّ مَضْمُونٌ على غيرِه ، فوَجَبَ عليه ضَمانُه ، كالمالِ ، وبهذا فارَقَ اللِّواطَ ؛ فإنَّه ليس بمَضْمُونٍ على أحدٍ . ١٣٨/٧ و

فصل : ولا يجبُ المَهْرُ بالوَطْءِ فى الدُّبُرِ ، ولا اللِّواطِ ؛ لأنَّ الشَّرْعَ لم يَرِدْ بِبَدَلِه ، ولا هو إتْلافٌ لشىءٍ ، فأشْبَهَ القُبْلَةَ والوَطْءَ دُونَ الفَرْجِ ، ولا يجبُ للمُطاوِعةِ على الزِّنَى ، لأنَّها بَاذِلةٌ لما يجبُ بَذْلُه لها ، فلم يَجِبْ لها شىءٌ ، كما لو أَذِنَتْ له فى قَطْعِ يدِها فقَطَعَها ، إلَّا أن تكونَ أمَةً ، فيكونُ المهرُ لسَيِّدِها ، ولا يَسْقُطُ ببَذْلِها ؛ لأنَّ الحَقَّ لغيرِها ، فأشْبَهَ ما لو بَذَلَتْ قَطْعَ يدِها .

فصل : ولو طَلَّقَ امرأتَه قبلَ الدُّخولِ طَلْقةً ، وظَنَّ أنَّها لا تَبِينُ بها ، فوَطِئَها ، لَزِمَه مَهْرُ المِثْلِ ، ونِصْفُ المُسَمَّى . وقال مالكٌ : لا يَلْزَمُه إلَّا مهرٌ واحدٌ . ولَنا ، أنَّ المَفْروضَ يتَنَصَّفُ بطَلاقِه ، بقولِه سبحانه : ﴿ فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ ﴾ . ووَطْؤُه بعدَ

---

(١٩) فى الأصل ، ب : « أخذها » .

ذلك عَرِىَ عن العَقْدِ ، فوجَبَ به مَهْرُ المِثْلِ ، كما لو عَلِمَ ، أو كغيرِها ، أو كما لو وَطِئَها[٢٠] غيرُه .

فصل : ومَنْ نِكاحُها باطِلٌ بالإجْماعِ ، كالمُزَوَّجةِ ، والمُعْتَدَّةِ ، إذا نَكَحَها رَجُلٌ ، فوَطِئَها عالِمًا بالحالِ ، وتَحْرِيمِ الوَطْءِ ، وهى مُطاوِعةٌ عالِمةٌ ، فلا مَهْرَ لها ؛ لأنَّه زِنًى يُوجِبُ الحَدَّ ، وهى مُطاوِعةٌ عليه . وإن جَهِلَتْ تَحْرِيمَ ذلك ، أو كَوْنَها فى العِدَّةِ ، فالمهرُ لها ؛ لأنَّه وَطْءُ شُبْهةٍ . وقد رَوَى أبو داودَ[٢١] ، بإسنادِه ، أن رَجُلًا يُقال له بَصْرَةَ[٢٢] بن أَكْثَمَ ، نَكَحَ امرأةً ، فوَلَدَتْ لأَرْبعةِ أشْهُرٍ ، فجَعَلَ النَّبِىُّ ﷺ لها الصَّداقَ . وفى لفظٍ قال : « لَهَا الصَّداقُ بِمَا اسْتَحْلَلْتَ مِنْ فَرْجِهَا ، فَإذَا وَلَدَتْ فَاجْلِدُوهَا » . ورَوَى سعيدٌ ، فى « سُنَنِه »[٢٣] ، عن عِمرانَ بن كَثِيرٍ ، أن عُبَيد[٢٤] الله ابن الْحُرِّ تزوَّجَ جاريةً من قَوْمِه ، يقال لها الدَّرْداء ، فانْطَلَقَ عُبَيدُ الله ، فلَحِقَ بمُعاوِيةَ ، ومات أبو الجاريةِ فزَوَّجها أهلُها رَجُلًا ، يُقال له عِكْرِمة ، فبَلَغَ ذلك عُبَيْدَ الله ، فقَدِمَ ، فخاصَمَهُم إلى علىٍّ ، رَضِىَ الله عنه ، فقَصُّوا عليه قِصَّتَهُم ، فرَدَّ عليه المرأةَ ، وكانت حامِلًا[٢٥] من عِكْرِمةَ ، فوَضَعَتْ على يَدَىْ[٢٦] عَدْلٍ ، فقالت المرأةُ لعلىٍّ : أنا أحَقُّ بمالِى أو عُبَيْدُ الله ؟ قال : بل أنتِ أحَقُّ بمالكِ . قالت : فاشْهَدُوا أنَّ ما كان لِى على عِكْرِمةَ من صَداقٍ فهو له ، فلما وَضَعَتْ ما فى بَطْنِها ، رَدَّها على عُبَيْدِ الله بن الحرّ ، وألْحَقَ الوَلَدَ بأبِيه .

١٣٨/٧ظ **فصل** : والصَّداقُ إذا كان فى / الذِّمَّةِ ، فهو دَيْنٌ ، إذا مات مَنْ هو عليه وعليه دَيْنٌ

(٢٠) فى الأصل : « وطأ » .
(٢١) فى : باب فى الرجل يتزوج المرأة فيجدها حبلى ، من كتاب النكاح . سنن أبى داود ١ / ٤٩١ ، ٤٩٢ .
(٢٢) فى النسخ : « نصر » . والمثبت من سنن أبى داود .
(٢٣) فى : باب من قال : لا نكاح إلَّا بولى . السنن ١ / ١٥٢ ، ١٥٣ .
(٢٤) فى ب ، م : « عبد الله » .
(٢٥) فى م : « حاملة » .
(٢٦) فى ا ، م : « يد » .

سِواه ، قُسِّمَ مالُه بينهم بالحِصَصِ . قال أحمدُ ، فى مريضٍ تزوَّجَ فى مَرَضِه وعليه دَيْنٌ ومات : ما تَرَكَ بين الغُرَماءِ والمرأةِ بالحِصَصِ . وذلك لأنَّ نِكاحَ المريضِ صحيحٌ ، والصداقَ دَيْنٌ ، فتَساوَى سائِرَ الدُّيُونِ .

فصل : وكلُّ فُرْقةٍ كانت قبلَ الدُّخولِ مِن قِبَلِ المرأةِ ، مثل إسْلامِها ، أو رِدَّتِها ، أو إرْضاعِها مَنْ يَنْفسِخُ النِّكاحُ بإرْضاعِه[27] ، أو ارْتضاعِها وهى صغيرة ، أو فَسَخَتْ لإعْسارِه ، أو عَيْبِه ، أو لِعِتْقِها تحت عَبْدٍ ، أو فَسَخَه لِعَيْبِها[28] ، فإنَّه يَسْقُطُ به مَهْرُها ، ولا يجبُ لها مُتْعةٌ ؛ لأنَّها أتْلفَتِ المُعَوَّضَ قبل تَسْليمِه ، فسَقَطَ البَدَلُ كلُّه ، كالبائعِ يُتْلِفُ المَبيعَ قبلَ تَسْليمِه . وإن كانت بِسَببِ الزَّوجِ ، كطَلَاقِه ، وخُلْعِه ، وإسْلامِه ، ورِدَّتِه ، أو جاءتْ من أجْنَبِىٍّ ، كالرَّضاعِ ، أو وَطْءٍ يَنْفَسِخُ به النِّكاحُ ، سَقَطَ نِصْفُ المَهْرِ ، ووَجَبَ نِصْفُه أو المُتْعةُ لغيرِ مَنْ سُمِّىَ لها ، ثم يَرْجِعُ الزَّوْجُ على مَن فَسَخَ النِّكاحَ إذا جاء الفَسْخُ من قِبَلِ أجْنَبِىٍّ . وإن قُتِلَتِ المرأةُ ، اسْتَقَرَّ المهرُ جميعُه ؛ لأنَّها فُرْقةٌ حَصَلَتْ بالموتِ ، وانْتهاءِ النكاحِ ، فلا يَسْقُطُ بها المَهْرُ ، كما لو ماتتْ حَتْفَ أنْفِها ، سواءٌ قَتَلَها زَوْجُها أو أجْنَبِىٌّ ، أو قَتَلَتْ نَفْسَها ، أو قَتَلَ الأمَةَ سَيِّدُها . وإن طَلَّقَ الحاكمُ على الزَّوْجِ فى الإيلاءِ ، فهو كطَلاقِه ؛ لأنَّه قامَ مَقامَه فى إيفاءِ الحَقِّ عنه[29] عندَ امْتِناعِه منه . وفى فُرْقةِ اللِّعانِ رِوايتان ؛ إحداهما ، هى كطَلَاقِه ؛ لأنَّ سَبَبَ اللِّعانِ قَذْفُه الصَّادِرُ منه . والثانية ، يَسْقُطُ به مَهْرُها ؛ لأنَّ الفسْخَ عَقِيبَ لِعَانِها ، فهو كفَسْخِها لعُنَّتِه . وفى فُرْقةِ شِرائِها لزَوْجِها أيضًا رِوايتانِ ؛ إحداهما ، يتَنَصَّفُ بها مَهْرُها ؛ لأنَّ البَيْعَ المُوجِبَ للفَسْخِ تَمَّ بالسَّيِّدِ القائمِ مَقامَ الزَّوْجِ وبالمرأةِ ، فأشْبَه الخُلْعَ . والثانية ، يَسْقُطُ المهرُ ؛ لأنَّ الفَسْخَ وُجِدَ عَقِيبَ قَبُولِها ، فأشْبَهَ فَسْخَها لِعُنَّتِه . وفيما إذا اشْتَرَى الحُرُّ امْرأتَه وَجْهان ، مَبْنِيَّانِ على الرِّوايتَيْنِ فى شِرائِها لزَوْجِها . وإذا جَعَلَ لها الخيارَ ، فاختارَتْ

---

(27) فى الأصل : « برضاعه » .

(28) فى ب ، م : « بعيبها » .

(29) فى ب ، م : « عليه » .

نَفْسَها ، أو وَكّلَها فى الطَّلاقِ ، فطَلَّقَتْ نفسَها ، فهو كطَلاقِه . لا يَسْقُطُ مَهْرُها ؛ لأَنَّ المرأَةَ وإن باشَرَتِ الطلاقَ ، فهى نائِبةٌ عنه ، ووَكِيلةٌ له ، وفِعْلُ الوكيلِ كفِعْلِ المُوَكِّلِ ، فكأنه[٣٠] صَدَرَ عن مُباشَرَتِه . وإن عَلَّقَ طَلَاقَها على فِعْلٍ من قِبَلِها ، لم يَسْقُطْ مَهْرُها ؛ لأَنَّ / السببَ وُجِد منه ، وإنَّما هى حَقَّقَتْ شَرْطَه ، والحُكْمُ يُنْسَبُ إلى صاحبِ السَّبَبِ . واللهُ أعلمُ .

١٣٩/٧و

---

(٣٠) فى ب : « فإنه » .

كتاب الوَلِيمة

الوَلِيمةُ : اسمٌ للطَّعام فى العُرْسِ خاصَّةً ، لا يقَعُ هذا الاسْمُ على غيرِه . كذلك حَكاه ابنُ عبدِ البَرِّ عن ثَعْلَبٍ وغيرِه مِن أهلِ اللُّغةِ . وقال بعضُ الفقهاءِ مِن أصْحابِنا وغيرِهم : إنَّ[1] الوَلِيمةَ تقَعُ على كلِّ طعامٍ لسُرورٍ حادِثٍ ، إلَّا أنَّ اسْتعمالَها فى طعامِ العُرْسِ أكثرُ . وقَوْلُ أهلِ اللُّغةِ أقْوَى ؛ لأنَّهم أهلُ اللِّسانِ ، وهم أعْرفُ بمَوْضوعاتِ اللغةِ ، وأعْلمُ بلسانِ العرب . والعَذِيرةُ : اسمٌ لدَعْوةِ الخِتَان ، وتُسَمَّى الإعْذار . والخُرْسُ والخُرْسَة : عندَ الوِلادةِ . والوَكِيرةُ : دَعْوةُ البِنَاء . يُقال : وكَّر وخَرَّس ، مُشَدَّد . والنَّقيعةُ : عند قُدومِ الغائبِ ، يقال : نَقَع ، مُخفَّف . والعَقِيقَةُ : الذَّبْحُ لأجْلِ الوَلَدِ ، قال الشاعر[2] :

كلُّ الطَّعامِ تَشْتَهِى رَبِيعَهْ
الخُرْس والإعْذار والنَّقِيعَهْ

والحِذَاق : الطَّعامُ عند حِذَاقِ الصَّبِىِّ[3] . والمَأْدُبَةُ : اسمٌ لكلِّ دعوةٍ لسَبَبٍ كانتْ أو لغيرِ سَبَبٍ . والآدِبُ : صاحِبُ المَأْدُبَةِ ، قال الشاعر[4] :

نحنُ فى الْمَشْتاةِ نَدْعُوا الْجَفَلى   لا تَرَى الآدِبَ مِنَّا يَنْتَقِرْ

والْجَفَلَى فى الدَّعْوةِ : أن يعُمَّ الناسَ بدَعْوتِه . والنَّقَرَى : هو أن يَخُصَّ قومًا دون قومٍ .

---

(١) سقط من : الأصل .
(٢) الرجز فى : الجمهرة ٣ / ٤٤٧ . واللسان والتاج (ع ذ ر) ، (خ ر س) ، (ن ق ع) .
(٣) أى : عند ختمه للقرآن .
(٤) هو طرفة بن العبد . والبيت فى ديوانه ٦٥ .

١٢١٧ – مسألة ؛ قال : (وَيُسْتَحَبُّ لِمَنْ تَزَوَّجَ أَنْ يُولِمَ وَلَوْ بِشَاةٍ)

لا خلافَ بين أهلِ العلمِ فى أنَّ الوَليمةَ سُنَّةٌ فى العُرْسِ مَشْروعةٌ ؛ لما رُوِىَ أنَّ النَّبىَّ ﷺ أمرَ بها وفَعَلَها . فقال لعبد الرحمن بن عَوْف ، حين قال : تزَوَّجْتُ : « أَوْلِمْ وَلَوْ بِشَاةٍ » . وقال أنسٌ : ما أَوْلَمَ رَسولُ اللهِ ﷺ على امرأةٍ من نِسَائِه ما أَوْلَمَ على زَيْنَبَ ، جعَلَ يبْعَثُنِى فأدْعُو له النَّاسَ ، فأطْعَمَهم خُبْزًا ولحمًا حتى شَبِعُوا . وقال أنسٌ : إنَّ رسولَ اللهِ ﷺ اصْطَفَى صَفِيَّةَ لنفسِه ، فخرَج بها حتى بلَغ ثَنِيَّةَ الصَّهْباء[1] ، فبَنَى بها ، ثم صنَع حَيْسًا فى نِطْعٍ صَغِيرٍ[2] ، ثم قال : « آئْذَنْ لِمَنْ حَوْلَكَ » . فكانتْ وَلِيمةَ رسولِ اللهِ ﷺ على صَفِيَّةَ . مُتَّفَقٌ عَلَيْهِنَّ[3] . ويُستحبُّ أنْ يُولِمَ بشَاةٍ ، إنْ أمكنَه ذلك[4] ؛ لقولِ رسولِ اللهِ ﷺ لعبدِ الرحمنِ : « أَوْلِمْ وَلَوْ / بِشَاةٍ » . وقالَ أنسٌ : ما أَوْلَمَ النَّبىُّ ﷺ على شىءٍ من نسائِه ما أولَمَ على زينبَ ، أَوْلَمَ بِشَاةٍ . لفظُ البُخارىِّ . فإنْ أَوْلَمَ بغيرِ هذا

٧/١٣٩ ظ

---

(١) الصهباء : اسم لموضع ، بينه وبين خيبر روحة . معجم البلدان ٣ / ٤٣٧ .

(٢) الحيس : الطعام المتخذ من التمر والأقط والسمن . وقد يجعل عوض الأقط الدقيق والفتيت . والنطع : وعاء من أدم .

(٣) الأول تقدم تخريجه فى : ٩ / ٤٧٠ .

والثانى ، أخرجه البخارى ، فى : باب : ﴿ لا تدخلوا بيوت النبى إلا أن يؤذن لكم ... ﴾ ، من كتاب التفسير من سورة الأحزاب ، وفى : باب الوليمة ولو بشاة ، وباب من أولم على بعض نسائه أكثر من بعض ، من كتاب النكاح . صحيح البخارى ٦ / ١٤٨ ، ١٤٩ ، ٧ / ٣١ . ومسلم ، فى : باب فضيلة إعتاقه أمته ثم يتزوجها ، وباب زواج زينب بنت جحش ... ، من كتاب النكاح . صحيح مسلم ٢ / ١٠٤٦ ، ١٠٤٩ .

كما أخرجه أبو داود ، فى : باب فى استحباب الوليمة عند النكاح ، من كتاب الأطعمة . سنن أبى داود ٢ / ٣٠٧ . وابن ماجه ، فى : باب الوليمة من كتاب النكاح . سنن ابن ماجه ١ / ٦١٥ . والإمام أحمد فى : المسند ٣ / ١٧٢ ، ٢٢٧ .

والثالث ، أخرجه البخارى ، فى : باب هل يسافر بالجارية قبل أن يستبرئها ، من كتاب البيوع ، وفى : باب من غزا بصبى للخدمة ، من كتاب الجهاد ، وفى : باب غزوة خيبر ، من كتاب المغازى ، وفى : باب الخبز المرقق ... ، وباب الأقط وباب الحيس ، من كتاب الأطعمة . صحيح البخارى ٣ / ١١٠ ، ٤ / ٤٣ ، ٥ / ١٧١ ، ١٧٢ ، ٧ / ٩١ ، ٩٤ ، ٩٩ . ومسلم ، فى : باب فضل المدينة ... ، من كتاب الحج . صحيح مسلم ٢ / ٩٩٣ .

(٤) سقط من : الأصل ، ا .

جَازَ ؛ فقدْ أَوْلَمَ النَّبِىُّ ﷺ على صَفِيَّةَ بحَيْسٍ ، وأَوْلَمَ على بعضِ نسائِه بِمُدَّيْنِ مِن شَعِيرٍ . رواه البُخارِىُّ[٥] .

فصل : وليستْ واجبةً فى قولِ أكثرِ أهلِ العلمِ . وقالَ بعضُ أصحابِ الشَّافعىِّ : هى واجبةٌ ؛ لأنَّ النَّبىَّ ﷺ أمرَ بها عبدَ الرحمنِ بنَ عوفٍ ، ولأنَّ الإجابةَ إليها واجبةٌ ؛ فكانتْ واجبةً . ولَنا ، أنَّها طعامٌ لسُرورٍ حادثٍ ؛ فأَشْبَهَ سائِرَ الأَطعِمَةِ ، والخبرُ محمولٌ على الاسْتِحْبابِ ؛ بدليلِ ما ذكرْناه ، وكَوْنُه أمرَ بشاةٍ فلا[٦] خِلافَ فى أنَّها لا تجبُ ، [٧]وما ذكرُوه[٧] مِن المعنى لا أصلَ له ، ثم هو باطلٌ بالسَّلامِ ، ليسَ بواجبٍ ، وإجابةُ المُسَلِّمِ واجبةٌ .

١٢١٨ ـ مسألة ؛ قال : (وَعَلَى مَنْ دُعِىَ أَنْ يُجِيبَ)

قالَ ابنُ عبدِ البرِّ : لا خلافَ فى وُجوبِ الإجابةِ إلى الوَلِيمةِ لمَن دُعِىَ إليها ، إذا لم يكنْ فيها لهوٌ . وبه يقولُ مالكٌ ، والثَّوْرِىُّ[١] ، والشَّافعىُّ ، والعَنْبَرِىُّ ، وأبو حنيفةَ وأصحابُه . ومن أصحابِ الشَّافعىِّ مَن قالَ : هى من فُروضِ الكِفَاياتِ ؛ لأنَّ الإجابَةَ إكرامٌ ومُوالَاةٌ ، فهى كردِّ السَّلامِ . ولَنا ، ما رَوى ابنُ عمرَ ، أنَّ رسولَ اللهِ ﷺ قالَ : « إِذَا دُعِىَ أَحَدُكُمْ إِلَى الْوَلِيمَةِ فَلْيَأْتِهَا » . وفى لفظٍ قالَ : قال رسولُ اللهِ ﷺ : « أَجِيبُوا هَذِهِ الدَّعْوَةَ إِذَا دُعِيتُمْ إِلَيْهَا » . وقال أبو هُرَيْرَةَ : شرُّ الطَّعامِ طعامُ الوليمةِ ؛ يُدْعَى لها الأغنياءُ ويُتْرَكُ الفقراءُ ، ومَن لم يُجِبْ فقد عصَى اللهَ ورسولَه . رَواهُنَّ البخارىُّ[٢] . وهذا عامٌّ ، ومعنى قوله : شرُّ الطَّعامِ طَعامُ الوَلِيمةِ ـ واللهُ أعلمُ ـ أىْ طعامُ الوَلِيمةِ التى يُدْعَى

---

(٥) فى : باب من أولم بأقل من شاة ، من كتاب النكاح . صحيح البخارى ٧ / ٣١ . كما أخرجه الإمام أحمد ، فى : المسند ٦ / ١١٣ .

(٦) فى ا ، ب ، م : « ولا » .

(٧-٧) سقط من : الأصل .

(١) سقط من : ب ، م .

(٢) الأول أخرجه البخارى ، فى : باب حق إجابة الوليمة ... ، من كتاب النكاح . صحيح البخارى ٧ / ٣١ . كما أخرجه مسلم ، فى : باب الأمر بإجابة الداعى إلى دعوة ، من كتاب النكاح . صحيح مسلم ٢ / ١٠٥٢ . وأبو داود ، فى : باب ما جاء فى إجابة الدعوة ، من كتاب الأطعمة . سنن أبى داود ٢ / ٣٠٦ . وابن ماجه ، فى : باب إجابة الداعى ، من كتاب النكاح . سنن ابن ماجه ١ / ٦١٦ . والدارمى ، فى : باب إجابة الوليمة ، من كتاب =

إليها الأغنياءُ ويُترَكُ الفقراءُ ، ولم يُرِدْ أنَّ كلَّ وليمةٍ طعامُها شرُّ الطعامِ ؛ فإنَّه لو أرادَ ذلك لَمَا أمرَ بها ، ولا ندَبَ إليها ، ولا أمرَ بالإجابةِ إليها ، ولا فعَلَها ؛ ولأنَّ الإجابةَ تجبُ بالدَّعوةِ ، فكلُّ مَن دُعِيَ فقد وجَبتْ عليه الإجابةُ .

فصل : وإنَّما تجبُ الإجابةُ على مَن عُيِّنَ بالدَّعوةِ ، بأنْ يَدْعُوَ رجلًا بعينِه ، أو جماعةً مُعيَّنِينَ . فإنْ دَعا الجَفَلَى ؛ بأنْ يقولَ : يا أيُّها النَّاسُ ، أجيبُوا إلى الوَليمةِ . أو يقولَ الرَّسولُ : أُمِرتُ أنْ أدْعُوَ كلَّ مَن لَقِيتُ ، أو مَن شِئتُ . لم تَجبِ الإجابةُ ، ولم تُستَحَبَّ ؛ لأنَّه لم يُعيَّنْ بالدَّعوةِ ، فلم تتعيَّنْ عليه الإجابةُ ، ولأنَّه غيرُ مَنصوصٍ /عليه ، ولا يحصُلُ كَسْرُ قلبِ الدَّاعِي بتَرْكِ إجابتِه ، وتجوزُ الإجابةُ بهذا ؛ لدُخولِه في عُمومِ الدُّعاءِ .

١٤٠/٧و

فصل : وإذا صُنِعت الوَليمةُ أكثرَ مِن يومٍ ، جازَ ؛ فقد روَى الخَلَّالُ ، بإسنادِه عن أُبَيٍّ ، أنَّه أعْرَسَ ودَعَا الأنصارَ ثمانيةَ أيامٍ(٣) . وإذا دُعِيَ في اليومِ الأوَّلِ وجَبتِ الإجابةُ ، وفي اليومِ الثاني تُستحبُّ الإجابةُ ، وفي اليومِ الثَّالثِ لا تُستحبُّ . قال أحمدُ : الأوَّلُ

= النكاح . سنن الدارمي ٢ / ١٤٣ . والإمام مالك ، في : باب ما جاء في الوليمة ، من كتاب النكاح . الموطأ ٢ / ٥٤٦ . والإمام أحمد ، في : المسند ٢ / ٢٠ ، ٢٢ ، ٣٧ ، ١٠١ .

والثاني أخرجه البخاري ، في : باب إجابة الداعي في العرس وغيرها ، من كتاب النكاح . صحيح البخاري ٧ / ٣٢ .

كما أخرجه مسلم ، في : باب الأمر بإجابة الداعي إلى دعوة ، من كتاب النكاح . صحيح مسلم ٢ / ١٠٥٣ . والترمذي ، في : باب ما جاء في إجابة الداعي ، من أبواب النكاح . عارضة الأحوذي ٥ / ١٠ . والإمام أحمد ، في : المسند ٢ / ٦٨ ، ١٢٧ .

والثالث أخرجه البخاري ، في : باب من ترك الدعوة فقد عصى الله ورسوله ، من كتاب النكاح . صحيح البخاري ٧ / ٣٢ .

كما أخرجه مسلم ، في : باب الأمر بإجابة الداعي إلى دعوة ، من كتاب النكاح . صحيح مسلم ٢ / ١٠٥٤ ، ١٠٥٥ . وأبو داود ، في : باب ما جاء في إجابة الدعوة ، من كتاب الأطعمة . سنن أبي داود ٢ / ٣٠٦ . وابن ماجه ، في : باب إجابة الداعي ، من كتاب النكاح . سنن ابن ماجه ١ / ٦١٦ . والدارمي ، في : باب في الوليمة ، من كتاب الأطعمة . سنن الدارمي ٢ / ١٠٥ . والإمام مالك ، في : باب ما جاء في الوليمة ، من كتاب النكاح . الموطأ ٢ / ٥٤٦ . والإمام أحمد ، في : المسند ٢ / ٢٤١ ، ٢٦٧ ، ٤٠٥ ، ٤٠٦ ، ٤٩٤ .

(٣) وأخرجه عبد الرزاق ، في : باب الوليمة ، من كتاب الجامع . المصنف ١٠ / ٤٤٨ .

يجبُ ، والثّانى إنْ أحبَّ ، والثّالثُ فلا . وهكذا مذهبُ الشّافعىِّ . وقد رُوِىَ عن النّبىِّ ﷺ ، أنّه قال : « الْوَلِيمَةُ أَوَّلَ يَوْمٍ حَقٌّ ، وَالثَّانِى مَعْرُوفٌ ، والثَّالِثُ رِيَاءٌ وَسُمْعَةٌ » . رَواه أبو داودَ ، وابنُ ماجه ، وغيرُهما[٤] . وقالَه سعيدُ بنُ الْمُسيَّبِ أيضًا . ودُعِىَ سعيدٌ إلى وليمةٍ مَرَّتيْنِ فأجابَ ، فَدُعِىَ الثّالثةَ ، فحَصَبَ الرَّسولَ . روَاه أبو داودَ[٥] ، والخَلّالُ .

فصل : والدُّعاءُ إلى الوَليمةِ إذنٌ فى الدُّخولِ والأكْلِ ؛ بدليلِ ما رَوى أبو هُرَيْرةَ ، عن النّبىِّ ﷺ ، أنّه قال : « إِذَا دُعِىَ أَحَدُكُمْ ، فَجَاءَ مَعَ الرَّسُولِ ، فَذَلِكَ إِذْنٌ لَهُ » . رواه أبو داودَ[٦] . وقال عبدُ اللهِ بنُ مسعودٍ : إذا دُعيتَ فقد أُذِنَ لك . رواه الإمامُ أحمدُ ، بإسْنادِه[٧] .

فصل : فإنْ دعَاه ذِمِّىٌّ ، فقال أصحابُنا : لا تجبُ إجابتُه ؛ لأنَّ الإجابةَ للمُسْلِمِ للإكرامِ والمُوَالاةِ وتأكيدِ المَوَدَّةِ والإخاءِ ، فلا تجبُ على المُسْلِمِ للذِّمِّىِّ ، ولأنّه لا يأمَنُ اختلاطَ طعامِهِمْ بالحَرامِ والنَّجاسةِ ، ولكنْ تجوزُ إجابَتُهم ؛ لما رَوى أنسٌ ، أنَّ يَهُوديًّا دعا النَّبىَّ ﷺ إلى خُبْزِ شعيرٍ ، وإهَالةٍ سَنِخَةٍ[٨] ، فأجابَه . ذكَرَه الإمامُ أحمدُ ، فى « الزُّهدِ »[٩] .

---

(٤) أخرجه أبو داود ، فى : باب فى كم تستحب الوليمة ، من كتاب الأطعمة . سنن أبى داود ٢ / ٣٠٧ . وابن ماجه فى : باب إجابة الداعى ، من كتاب النكاح . سنن ابن ماجه ١ / ٦١٧ .

كما أخرجه الدارمى ، فى : باب فى الوليمة ، من كتاب الأطعمة . سنن الدارمى ٢ / ١٠٥ . والإمام أحمد ، فى : المسند ٥ / ٢٨ ، ٣٧١ .

(٥) فى : باب فى كم تستحب الوليمة ، من كتاب الأطعمة . سنن أبى داود ٢ / ٣٠٧ .

كما أخرجه الدارمى ، فى : باب فى الوليمة ، من كتاب الأطعمة . سنن الدارمى ٢ / ١٠٥ .

(٦) فى : باب فى الرجل يدعى أيكون ذلك إذنه ، من كتاب الأدب . سنن أبى داود ٢ / ٦٣٩ .

كما أخرجه الإمام أحمد فى : المسند ٢ / ٥٣٣ .

(٧) انظر : إرواء الغليل ، ٧ / ١٧ .

(٨) الإهالة : الدسم ما كان ، وسنخة : متغيرة .

(٩) تقدم تخريجه ، فى : ٦ / ٣٧٥ . ويضاف : والزهد ٥ .

فصل : فإنْ دَعاه رَجُلانِ ، ولم يُمْكِنِ الجمعُ بينهما ، وسبَقَ أحدُهُما ، أجاب السَّابِقَ ؛ لأنَّ إجابتَه وجَبتْ حينَ دعاه ، فلم يزُلِ الوُجوبُ بدُعاءِ الثَّانى ، ولم تجبْ إجابةُ الثَّانى ؛ لأنَّها غيرُ مُمْكِنَةٍ مع إجابةِ الأوَّلِ ، فإن استَوَيا ، أجاب أقْرَبَهما منه بابًا ؛ لما رَوَى أبو داودَ[10] ، بإسنادِه عن النَّبِىِّ ﷺ أنَّه قال : « إذَا اجْتَمَعَ دَاعِيَانِ ، فَأَجِبْ أَقْرَبَهُمَا بَابًا ؛ فَإِنَّ أَقْرَبَهُمَا بَابًا أَقْرَبُهُمَا جِوَارًا ، فَإِنْ سَبَقَ أَحَدُهُمَا ، فَأَجِبِ الَّذِى سَبَقَ » . ورَوَى البُخارِىُّ[11] بإسْنادِه عن عائشةَ ، قالتْ : قلتُ : يا رسولَ اللهِ ، إنَّ لى جارَيْنِ ، فإلى أيِّهِمَا أُهْدِى ؟ قال : « أَقْرَبُهُمَا مِنْكِ بَابًا » . ولأنَّ هذا مِن أبوابِ ١٤٠/٧ظ / البِرِّ ؛ فقُدِّمَ بهذه المعانى ، [12]فإن استَوَيا ، أجابَ أقربَهُمَا رَحِمًا ؛ لما فيه مِن صِلَةِ الرَّحِمِ[12] ، فإنِ استَوَيا ، أجاب أدْيَنَهما ، فإنِ استَوَيا أقْرَعَ بينهما ؛ لأنَّ القُرْعةَ تُعَيِّنُ المستحِقَّ عندَ استِوَاءِ الحُقوقِ .

١٢١٩ – مسألة ؛ قال : (فَإِنْ لَمْ يُحِبَّ أَنْ يَطْعَمَ ، دَعَا وَانْصَرَفَ)

وجملةُ ذلك أنَّ الواجبَ الإجابةُ إلى الدَّعوةِ ؛ لأنَّها الذى أمَرَ به ، وتوعَّدَ على تركِه ، أمَّا الأكْلُ فغيرُ واجبٍ ، صائمًا كان أو مُفْطِرًا . نصَّ عليه أحمدُ . لكنْ إنْ كان المدعوُّ صائمًا صَوْمًا واجبًا أجاب ، ولم يُفطِرْ ؛ لأنَّ الفِطرَ غيرُ جائزٍ ؛ فإنَّ الصَّومَ واجبٌ ، والأكلَ غيرُ واجبٍ ، وقد رَوَى أبو هُرَيْرَةَ قال : قال رسولُ اللهِ ﷺ : « إذَا دُعِىَ أَحَدُكُمْ فَلْيُجِبْ ، فَإِنْ كَانَ صَائِمًا فَلْيَدْعُ ، وَإِنْ كَانَ مُفْطِرًا فَلْيَطْعَمْ » . رواه أبو داودَ[1] ، وفى روايةٍ « فَلْيُصَلِّ » . يعنى : يَدْعُو . ودُعِىَ ابنُ عمرَ إلى وليمةٍ ، فحضَرَ ومدَّ يدَه

---

(١٠) فى : باب إذا اجتمع داعيان أيهما أحق ، من كتاب الأطعمة . سنن أبى داود ٢ / ٣١٠ .
كما أخرجه الإمام أحمد ، فى : المسند ٥ / ٤٠٨ .

(١١) فى : باب أى الجوار أقرب ، من كتاب الشفعة ، وفى : باب بمن يبدأ بالهدية ، من كتاب الهبة ، وفى : باب حق الجوار فى قرب الأبواب ، من كتاب الأدب . صحيح البخارى ٣ / ١١٥ ، ٢٠٨ ، ٨ / ١٣ .
كما أخرجه الإمام أحمد ، فى : المسند ٦ / ١٧٥ ، ١٨٧ ، ١٩٣ ، ٢٣٩ .

(١٢ - ١٢) سقط من : الأصل .

(١) فى : باب فى الصائم يدعى إلى وليمة ، من كتاب الصوم . سنن أبى داود ١ / ٥٧٣ . =

وقال : بسم الله ، ثم قبضَ يدَه ، وقال : كُلوا ، فإنِّى صائمٌ[٢] . وإنْ كان صومًا تطوُّعًا ، استُحِبَّ له الأَكْلُ ؛ لأنَّ له الخُروجَ مِن الصَّومِ ، فإذا كان فى الأَكْلِ إجابةُ أخيهِ المسْلمِ ، وإدخالُ السُّرورِ على قلبِه ، كان أَوْلَى . وقد رُوِىَ أنَّ النَّبِىَّ ﷺ كان فى دَعْوةٍ ، ومعه جماعةٌ ، فاعتزَلَ رجلٌ مِن القومِ ناحيةً ، فقال : إنِّى صائمٌ ، فقال النَّبِىُّ ﷺ : « دَعَاكُمْ أَخُوكُمْ ، وَتَكَلَّفَ لَكُمْ ، كُلْ ، ثُمَّ صُمْ يَوْمًا مَكَانَهُ إِنْ شِئْتَ »[٣] ، وإنْ أحبَّ إتْمامَ الصِّيامِ جازَ ؛ لما رَوَيْنا مِن الخبرِ المتقدِّم ، ولكنْ يدعو لهم ، ويَتْرُكُ[٤] ، ويُخْبِرُهُمْ بصِيَامِه ؛ ليَعْلَمُوا عُذرَه ، فتزولَ عنه التُّهْمَةُ فى تَرْكِ الأَكْلِ . وقد رَوى أبو حَفْصٍ ، بإسْنادِه عن عثمانَ بن عفَّانَ ، رَضِىَ اللهُ عنه ، أنَّه أجاب عبدَ المُغيرةِ وهو صائمٌ ، فقال : إنِّى صائمٌ ، ولكنِّى أَحْبَبْتُ أنْ أُجيبَ الدَّاعِىَ ، فأَدْعُوَ بالبركةِ . وعن عبدِ اللهِ قال : إذا عُرِضَ على أحَدِكُم الطَّعامُ وهو صائمٌ ، فليقُلْ : إنِّى صائمٌ . وإنْ كان مُفطِرًا ، فالأَوْلَى له الأَكْلُ ؛ لأنَّه أبلغُ فى إكْرامِ الدَّاعِى ، وجَبْرِ قلبِه[٥] . ولا يجبُ عليه ذلك . وقال أصحابُ الشَّافعىِّ : فيه وجهٌ آخرُ ، أنَّه يلزمُه الأَكْلُ ؛ لقَوْلِ النَّبِىِّ ﷺ : « وَإِنْ كَانَ مُفطِرًا فَلْيَطْعَمْ » . ولأنَّ المقصودَ منه الأَكْلُ ، فكان واجبًا . ولَنا ، قَوْلُ النَّبِىِّ ﷺ : « إِذَا دُعِىَ أَحَدُكُمْ فَلْيُجِبْ ، فَإِنْ شَاءَ أَكَلَ ، وَإِنْ شَاءَ تَرَكَ »[٦] . حديثٌ

= كما أخرجه مسلم ، فى : باب الأمر بإجابة الداعى ، من كتاب النكاح . صحيح مسلم ٢ / ١٠٥٤ . والترمذى ، فى : باب ما جاء فى إجابة الصائم الدعوة ، من كتاب الصوم . عارضة الأحوذى ٣ / ٣٠٨ . والإمام أحمد ، فى : المسند ٢ / ٢٧٩ ، ٤٨٩ ، ٥٠٧ .

(٢) أخرجه البيهقى ، فى : باب يجيب المدعو صائما ... ، من كتاب الصداق . السنن الكبرى ٧ / ٢٦٣ . وابن أبى شيبة ، فى : باب من كان يقول إذا دعى أحدكم إلى طعام فليجب ، من كتاب الصيام . المصنف ٣ / ٦٤ .

(٣) أخرجه البيهقى ، فى : باب التخيير فى القضاء إن كان صومه تطوعا ، من كتاب الصيام . السنن الكبرى ٤ / ٢٧٩ .

(٤) فى ب ، م : « ويبارك » .

(٥) أخرجه عبد الرزاق ، فى : باب الرجل يدعى إلى طعام وهو صائم ، من كتاب الصيام . المصنف ٤ / ٢٠٠ . وابن أبى شيبة ، فى : باب من كان يقول : إذا دعى أحدكم إلى طعام فليجب ، من كتاب الصيام . المصنف ٣ / ٦٤ .

(٦) أخرجه مسلم ، فى : باب الأمر بإجابة الداعى إلى دعوة ، من كتاب النكاح . صحيح مسلم ٢ / ١٠٥٤ . وأبو داود ، فى : باب ما جاء فى إجابة الدعوة ، من كتاب الأطعمة . سنن أبى داود ٢ / ٣٠٦ . وابن ماجه ، فى : باب من دعى إلى طعام وهو صائم ، من كتاب الصيام . سنن ابن ماجه ١ / ٥٥٧ .

صحيحٌ . ولأنَّه لو وجَبَ الأكلُ ، لَوجبَ على المُتطوِّعِ بالصومِ ، فلمَّا لم يَلْزمْه الأكلُ ، لم يلزمْه إذا كان مُفْطِرًا . وقولُهم : المقصودُ / الأكلُ . قُلْنا : بل المقصودُ الإجابةُ ، ولذلك وجبتْ على الصَّائمِ الذى لا يأكلُ . ‏١٤١/٧و

فصل : إذا دُعىَ إلى وَليمةٍ ، فيها مَعْصِيَةٌ ، كالخمرِ ، والزَّمْرِ ، والعُودِ ونحوه ، وأمْكنه الإنكارُ ، وإزالةُ المُنْكرِ ، لَزِمَه الحضورُ والإنكارُ ؛ لأنَّه يُؤدِّى فَرْضَيْنِ ؛ إجابةَ أخيه[7] المسلمِ ، وإزالةَ المُنْكَرِ . وإنْ لم يقدِرْ على الإنكارِ ، لم يحضُرْ . وإنْ لم يعْلَمْ بالمُنْكَرِ حتى حضرَ ، أزالَه ، فإنْ لم يَقْدِرْ انْصَرفَ . ونحو هذا قال الشَّافعىُّ . وقال مالكٌ : أمَّا اللَّهوُ الخَفِيفُ ، كالدُّفِّ والكَبَرِ[8] ، فلا يرجعُ . وقالَه ابنُ القاسمِ . وقال أصْبَغُ : أرَى أنْ يَرْجِعَ ؛ وقال أبو حنيفةَ : إذا وجدَ اللَّعِبَ ، فلا بأسَ أنْ يقْعُدَ فيأْكُلَ . وقال محمدُ بنُ الحسنِ : إنْ كان مِمَّن يُقتَدَى به ، فأحَبُّ إلىَّ أنْ يَخْرُجَ . وقال اللَّيْثُ : إذا كان فيها الضَّرْبُ بالعُودِ ، فلا ينْبَغِى له أنْ يشْهَدَها . والأصلُ فى هذا ما رَوى سَفِينَةُ أنَّ رجلًا أضافَه علىٌّ ، فصنَعَ له طَعامًا ، فقالتْ فاطمةُ : لو دعَوْنا رسولَ اللهِ ﷺ ، فأكلَ معنا ؟ فدعَوْه ، فجاءَ . فوضَعَ يدَه على عِضادَتَي البَابِ ، فرأى قِرامًا فى ناحيةِ البيتِ ، فرجعَ ، فقالت فاطمةُ لعلىٍّ : الحَقْه ، فقُلْ له : ما رَجَعَك[9] يا رسولَ اللهِ ؟ فقال[10] : «إنَّهُ لَيْسَ لِى أَنْ أَدْخُلَ بيتًا مُزَوَّقًا»[11] . حديثٌ حسنٌ . ورَوى أبو حفصٍ ، بإسْناده . أنَّ النَّبىَّ ﷺ قال : «مَنْ كَانَ يُؤْمِنُ بِاللهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ ، فَلَا يَقْعُدْ عَلَى مَائِدَةٍ يُدَارُ عَلَيْهَا الْخَمْرُ»[12] . وعن نافعٍ ، قال : كنتُ أسيرُ مَعَ عبدِ اللهِ بنِ عمرَ ، فسَمِعَ

---

(7) سقط من : ا .

(8) الكَبَر – بفتحتين – : الطبل الذى له وجه واحد ، وجمعه : كِبار ، مثل : جَمَل وجِمال . اللسان (كبر) .

(9) فى ب ، م : « أرجعك » .

(10) فى ا زيادة : « له » .

(11) أخرجه أبو داود ، فى : باب إجابة الدعوة إذا حضرها مكروه ، من كتاب الأطعمة . سنن أبى داود ٢ / ٣٠٩ . وابن ماجه ، فى : باب إذا رأى الضيف منكرا رجع ، من كتاب الأطعمة . سنن ابن ماجه ٢ / ١١١٥ . والإمام أحمد ، فى : المسند ٥ / ٢٢١ ، ٢٢٢ .

(12) أخرجه الترمذى ، فى : باب ما جاء فى دخول الحمام ، من كتاب الأدب . عارضة الأحوذى ١٠ / ٢٤٢ ، ٢٤٣ . والدارمى ، فى : باب النهى عن القعود عن مائدة يدار عليها الخمر ، من كتاب الأشربة . سنن الدارمى ٢ / ١١٢ .

زَمَّارَةَ راعٍ ، فوضعَ أُصْبُعَيْهِ فى أُذُنَيْهِ ، ثمَّ عدَلَ عن الطَّرِيقِ ، فلم يزَلْ يقول : يا نافعُ ، أتسمعُ ؟ حتى قلتُ : لا . فأخرجَ أُصْبُعَيْهِ من[13] أُذُنَيْهِ ، ثم رجعَ إلى الطريقِ ، ثم قال : هكذا رأيتُ رسولَ اللهِ ﷺ صنَعَ . رَواه أبو داودَ[14] ، والخَلَّالُ . ولأنَّه يُشاهِدُ المُنْكَرَ ويسمعُه ، مِن غيرِ حاجةٍ إلى ذلك ، فمُنِعَ منه ، كما لو قدَرَ على إزالتِه . ويُفارِقُ مَن له جارٌ مقيمٌ على المنكرِ والزَّمْرِ ، حيث يُباحُ له المُقَامُ ، فإنَّ تلك حالُ حاجةٍ ؛ لما فى الخُروجِ مِن المنزلِ مِن الضَّررِ .

فصل : فإنْ رَأى نُقُوشًا ، وصُوَرَ شَجَرٍ ، ونحوَها ، فلا بأسَ بذلك ؛ لأنَّ تلك نقوشٌ ، فهى[15] كالعَلَمِ فى الثَّوبِ[16] . وإنْ كانت فيه صُوَرُ حَيَوانٍ ، فى موضعٍ يُوطَأُ أو يُتَّكَأُ عليها ، كالتى فى البُسُطِ ، والوَسائِدِ ، جازَ أيضًا . وإنْ كانت على السُّتُورِ / والحيطانِ ، وما لا يُوطأُ ، وأمكنَه حَطُّها ، أو قطْعُ رُءوسِها ، فعَلَ وجلَسَ ، وإنْ لم يُمْكِنْ ذلك ، انصرفَ ولم يجلسْ ؛ وعلى هذا أكثرُ أهلِ العلْمِ ، قال ابنُ عبدِ البَرِّ : هذا أعْدَلُ المذاهبِ . وحكاه عن سعدِ بنِ أبى وَقَّاصٍ ، وسالمٍ ، وعُروةَ ، وابنِ سِيرِينَ ، وعَطاءٍ ، وعِكْرِمَةَ بنِ خالدٍ ، وعِكْرِمَةَ مولى ابنِ عباسٍ ، وسعيدِ بنِ جُبَيْرٍ . وهو مذهبُ الشَّافعىِّ ، وكان أبو هُرَيْرةَ يكرهُ التَّصاويرَ ، ما نُصِبَ منها وما بُسطَ . وكذلك مالكٌ ، إلَّا أنَّه كان يكرهُها تَنَزُّهًا[17] ، ولا يراها مُحرَّمةً . ولعلَّهُم يذهبونَ إلى عُمومِ قولِ النَّبىِّ ﷺ : « إنَّ الْمَلائِكَةَ لَا تَدْخُلُ بَيْتًا فِيهِ صُورَةٌ » . مُتَّفَقٌ عليه[18] . ورُوِىَ عن ابنِ

141/7 ظ

---

(13) فى الأصل : « عن » .

(14) فى : باب كراهية الغناء والزمر ، من كتاب الأدب . سنن أبى داود 2 / 579 .

(15) سقط من : الأصل .

(16) فى الأصل ، ا : « ثوب » .

(17) فى الأصل : « تنزيها » .

(18) أخرجه البخارى ، فى : باب إذا وقع الذباب فى شراب أحدكم ، من كتاب بدء الخلق ، وفى : باب قول الله تعالى : ﴿ واتخذ الله إبراهيم خليلا ﴾ ، من كتاب الأنبياء ، وفى : باب حدثنى ... ، من كتاب المغازى ، وفى : باب هل يرجع إذا رأى منكرا فى الدعوة ، من كتاب النكاح ، وفى : باب من كره القعود على الصورة ، من كتاب اللباس . صحيح البخارى 4 / 158 ، 169 ، 170 ، 5 / 105 ، 7 / 33 ، 7 / 216 . ومسلم ، فى : باب تحريم تصوير صورة الحيوان ، من كتاب اللباس . صحيح مسلم 3 / 1665 ، 1666 . =

مسعودٍ ، أنَّه دُعىَ إلى طعامٍ ، فلمَّا قيلَ له : إنَّ فى البيتِ صُورةً . أَبى أنْ يذهبَ حتى كُسِرتْ[19] . ولَنا ، ما روتْ عائشةُ ، قالتْ : قَدِمَ النَّبىُّ ﷺ من سَفَرٍ ، وقد سترْتُ لى سَهْوَةً[20] بنَمَطٍ فيه تَصاويرُ ، فلمَّا رآه قال : « أَتَسْتُرِينَ الْجِدْرَ بِسِتْرٍ فِيهِ تصاويرُ ؟ » فَهَتَكَهُ . قالتْ : فجعلتُ منه مُنْتَبَذَتَيْنِ[21] ، كأنِّى أَنْظُرُ إلى رسولِ اللهِ ﷺ مُتَّكِئًا على إحداهُمَا . رَواه ابنُ عبدِ البَرِّ[22] . ولأنَّها إذا كانتْ تُداسُ وتُبْتَذَلُ ، لم تكُنْ مُعزَّزةً ولا مُعظَّمةً ، فلا تُشْبِهُ الأصْنامَ التى تُعبدُ وتُتَّخذُ آلهةً ، فلا تُكرَهُ[23] . وما رَوَيْناه أخصُّ ممَّا رَوَوه ، وقد رُوِىَ عن أبى طلحةَ . أنَّه قيلَ له : ألم يقُلِ النَّبىُّ ﷺ : « لا تَدْخُلُ الْمَلَائِكَةُ بَيْتًا فِيهِ صُورَةٌ وَلَا كَلْبٌ » ؟ قال : أَلَم تَسْمَعْه قال : « إِلَّا رَقْمًا فى ثَوْبٍ » ؟ مُتَّفَقٌ عليه[24] . وهو مَحْمُولٌ على ما ذكَرْناه مِن أنَّ المُباحَ ما كان مَبْسُوطًا ، والمَكْرُوهَ منه ما

= كما أخرجه أبو داود ، فى : باب فى الجنب يؤخر الغسل ، من كتاب الطهارة . وفى : باب فى الصور ، من كتاب اللباس . سنن أبى داود ١ / ٥٢ ، ٢ / ٣٩٢ . والترمذى فى : باب ما جاء أن الملائكة لا تدخل بيتا فيه صورة ولا كلب ، من كتاب الأدب . عارضة الأحوذى ١٠ / ٢٤٨ ، ٢٤٩ . والنسائى فى : باب فى الجنب إذا لم يتوضأ ، من كتاب الطهارة ، وفى : باب امتناع الملائكة من دخول بيت فيه كلب ، من كتاب الصيد ، وفى : باب التصاوير ، من كتاب الزينة . المجتبى ١ / ١١٦ ، ٧ / ١٦٤ ، ٨ / ١٧٨ ، ١٨٨ . والدارمى ، فى : باب لا تدخل الملائكة بيتا فيه تصاوير ، من كتاب الاستئذان . سنن الدارمى ٢ / ٢٨٤ . والإمام أحمد فى : المسند ١ / ١٠٤ ، ١٠٧ ، ١٤٨ ، ١٥٠ ، ٢٧٧ ، ٣ / ٩٠ ، ٤ / ٢٨ ، ٢٩ ، ٣٠ ، ٦ / ٢٤٦ ، ٣٣٠ .

(١٩) أخرجه البيهقى ، فى : باب المدعو يرى فى الموضع الذى يدعى فيه صورا ، من كتاب الصداق . السنن الكبرى ٧ / ٢٦٨ . عن أبى مسعود .

(٢٠) السهوة : الطاق ، أو شبه الرف .

(٢١) فى صحيح البخارى : « نمرقتين » .

(٢٢) وأخرجه البخارى ، فى : باب هل تكسر الدنان التى فيها الخمر ، من كتاب المظالم ، وفى : باب ما وطئ من التصاوير ، من كتاب اللباس . صحيح البخارى ٣ / ١٧٩ ، ٧ / ٢١٥ ، ٢١٦ .

كما أخرجه النسائى ، فى : باب ذكر أشد الناس عذابا ، من كتاب الزينة . المجتبى ٨ / ١٨٩ . وابن ماجه ، فى : باب الصور فيما يوطأ ، من كتاب اللباس . سنن ابن ماجه ٢ / ١٢٠٤ . والإمام أحمد ، فى : المسند ٦ / ٣٦ ، ١٠٣ ، ١٩٩ .

(٢٣) فى ب ، م : « تكرم » .

(٢٤) أخرجه البخارى ، فى : باب إذا قال أحدكم آمين ، من كتاب بدء الخلق ، وفى : باب من كره القعود على الصورة ، من كتاب اللباس . صحيح البخارى ٤ / ١٣٨ ، ١٣٩ ، ٧ / ٢١٦ . ومسلم ، فى : باب تحريم تصوير الحيوان ، من كتاب اللباس . صحيح مسلم ٣ / ١٦٦٥ ، ١٦٦٦ .
=

كان مُعلَّقًا ، بدليلِ حديثِ عائشةَ .

فصل : فإنْ قَطَعَ رأسَ الصُّورةِ ، ذهَبتِ الكَراهةُ . قال ابنُ عباسٍ : الصُّورةُ الرأسُ ، فإذا قُطِعَ الرأسُ فليسَ بصورةٍ[٢٥] . وحُكِيَ ذلك عن عِكْرِمَةَ . وقد رُوِىَ عن أبي هُرَيْرَةَ ، قال : قال رسولُ اللهِ ﷺ : « أَتَانِى جِبْرِيلُ ، فَقَالَ : أَتَيْتُكَ الْبَارِحَةَ ، فَلَمْ يَمْنَعْنِى أَنْ أَكُونَ دَخَلْتُ إِلَّا أَنَّهُ كَانَ عَلَى الْبَابِ تَمَاثِيلُ ، وَكَانَ فِى الْبَيْتِ سِتْرٌ فِيهِ تَمَاثِيلُ ، وَكَانَ فِى الْبَيْتِ كَلْبٌ ، فَمُرْ بِرَأْسِ التِّمْثَالِ الَّذِى عَلَى [٢٦]بَابِ الْبَيْتِ[٢٦] فَيُقْطَعُ ، فَيَصِيرُ كَهَيْئَةِ الشَّجَرَةِ[٢٧] ، وَمُرْ بِالسِّتْرِ فَلْتُقْطَعْ مِنْهُ وِسَادَتَانِ مَنْبُوذَتَانِ تُوطَآنِ ، وَمُرْ بِالْكَلْبِ فَلْيُخْرَجْ » ، فَفَعَلَ رَسولُ اللهِ ﷺ[٢٨] . وإنْ قطعَ منه مالا يبْقَى الحيوانُ بعدَ ذَهابِه ، / كصَدْرِه أو بَطْنِه ، أو جُعِلَ له رأسٌ مُنْفصِلٌ عن بدَنِه ، لم يدْخلْ تحتَ النَّهْيِ ؛ لأنَّ الصُّورةَ لا تَبْقَى بعد ذَهابِه ، فهو كقَطْعِ الرَّأسِ . وإنْ كان الذَّاهبُ يَبْقَى الحيوانُ بعدَه ، كالعَيْنِ واليَدِ والرِّجلِ ، فهو صورةٌ داخلةٌ تحتَ النَّهْيِ . وكذلك إذا كان فى ابتداءِ التَّصويرِ[٢٩] صورةُ بدنٍ بلا رَأْسٍ ، أو رَأْسٍ بلا بَدَنٍ ، أو جُعلَ له رأسٌ وسائرُ بدنِه صورةُ غيرِ حيوانٍ ، لم يدخُلْ فى النَّهى ؛ لأنَّ ذلك ليسَ بصُورةِ حيوانٍ .

١٤٢/٧و

= كما أخرجه أبو داود ، فى : باب فى الصور ، من كتاب اللباس ، سنن أبى داود ٢ / ١٩٢ . والترمذى ، فى : باب ما جاء فى الصورة ، من كتاب اللباس . عارضة الأحوذى ٧ / ٢٥٢ . والإمام مالك ، فى : باب ما جاء فى الصور والتماثيل ، من كتاب الاستئذان . الموطأ ٢ / ٩٦٦ .

(٢٥) أخرجه البيهقى ، فى : باب الرخصة فيما يوطأ من الصور ... ، من كتاب الصداق . السنن الكبرى ٧ / ٢٧٠ .

(٢٦-٢٦) فى ب ، م : « الباب » .

(٢٧) فى ب ، م : « الشجر » .

(٢٨) أخرجه أبو داود ، فى : باب فى الصور ، من كتاب اللباس . سنن أبى داود ٢ / ٣٩٣ . والترمذى فى : باب ما جاء أن الملائكة لا تدخل بيتا فيه صورة ولا كلب ، من كتاب الأدب . عارضة الأحوذى ١٠ / ٢٤٩ ، ٢٥٠ . والإمام أحمد ، فى : المسند ٢ / ٣٠٥ .

(٢٩) فى ب ، م : « التصويرة » .

فصل : وصَنْعَةُ التَّصاويرِ مُحَرَّمةٌ على فاعِلِها ؛ لما رَوى ابنُ عمرَ عن النَّبىِّ ﷺ ، أنَّه قال : « الَّذِينَ يَصْنَعُونَ هَذِهِ الصُّوَرَ[30] يُعَذَّبُونَ يَوْمَ الْقِيَامَةِ ، يُقَالُ لَهُمْ : أَحْيُوا مَا خَلَقْتُمْ » . وعن مَسْرُوقٍ قال : دخلْنا معَ عبدِ اللهِ بيتًا فيه تماثيلُ ، فقال لتمثالٍ منها : تمثالُ مَنْ هذا ؟ قالوا : تمثالُ مريمَ ، قال عبدُ اللهِ : قال رسولُ اللهِ ﷺ : « إنَّ أَشَدَّ النَّاسِ عَذَابًا يَوْمَ الْقِيَامَةِ الْمُصَوِّرُونَ » . مُتَّفَقٌ عليهما[31] ، والأمرُ بعَمِلِه مُحَرَّمٌ . كعَمَلِه .

فصل : فأمَّا دخولُ مَنْزِلٍ فيه صورةٌ ، فليسَ بمُحَرَّمٍ ، وإنَّما أُبيحَ تَرْكُ الدَّعوةِ مِن أجلِه عُقوبةً للدَّاعى ، بإسْقاطِ حُرْمَتِه ؛ لإيجادِه المنكرَ فى دارِه . ولا يجبُ على مَن رآه فى منزلِ الدَّاعِى الخروجُ ، فى ظاهرِ كلامِ أحمدَ ؛ فإنَّه قال ، فى روايةِ الفضْلِ[32] بن زيادٍ[32] ، إذا رأى صُوَرًا على السِّترِ ، لم يكُنْ رآها حين دخلَ ؟ قال : هو أسْهَلُ مِن أن يكُونَ على الجدارِ . قيلَ له[33] : فإنْ لم يَرَه إلَّا عندَ وَضْعِ الخِوَانِ بينَ أيديهِمْ ، أيخرجُ ؟ فقال : لا تُضَيِّقْ علينا ، ولكنْ إذا رأى هذا وبَّخَهُمْ ونَهاهُمْ . يعنى لا يخرجُ . وهذا مذهبُ مالكٍ ؛ فإنَّه كان يكْرَهُها تنزُّهًا ، ولا يَراها مُحَرَّمةً . وقال أكثرُ أصْحابِ الشَّافعىِّ : إذا كانت الصُّوَرُ على السُّتورِ ، أو ما ليسَ بمَوْطوءٍ ، لم يجُزْ له الدُّخولُ ؛ لأنَّ الملائكةَ لا تدْخُلُه ، ولأنَّه لو لم يكُنْ مُحَرَّمًا ، لَمَا جازَ تَرْكُ الدَّعوةِ الواجبةِ مِن أجْلِه . ولَنا ، ما رُوِىَ أنَّ النَّبىَّ ﷺ

---

(30) فى ب ، م : « الصورة » .

(31) الأول أخرجه البخارى ، فى : باب عذاب المصورين يوم القيامة ، من كتاب اللباس ، وفى : باب قول الله تعالى : ﴿ والله خلقكم وما تعملون ... ﴾ من كتاب التوحيد . صحيح البخارى ٧ / ٢١٥ ، ٩ / ١٩٧ . ومسلم ، فى : باب تحريم تصوير صورة الحيوان ، من كتاب اللباس . صحيح مسلم ٣ / ١٦٧٠ .

كما أخرجه الإمام أحمد فى : المسند ٢ / ٢٦ .

والثانى أخرجه البخارى ، فى : باب عذاب المصورين يوم القيامه ، من كتاب اللباس . صحيح البخارى ٧ / ٢١٥ . ومسلم ، فى : باب تحريم تصوير صورة الحيوان ، من كتاب اللباس . صحيح مسلم ٢ / ١٦٧٠ .

كما أخرجه النسائى ، فى : باب ذكر أشد الناس عذابا ، من كتاب الزينة . المجتبى ٨ / ١٩١ .

(32 - 32) سقط من : ا ، ب ، م .

(33) سقط من : ب ، م .

دخلَ الكَعْبةَ ، فرأى فيها صُورةَ إبراهيمَ وإسماعيلَ يستَقْسِمانِ بالأزْلَام ، فقال : « قَاتَلَهُمُ اللهُ ، لَقَدْ عَلِمُوا أنَّهُمَا مَا اسْتَقْسَمَا بِهَا قَطُّ » . رواه أبو داودَ[٣٤] . وما ذَكَرْنا مِن خَبرِ عبدِ اللهِ أنّه دخلَ بيتًا فيه تماثيلُ ، وفى شُروطِ عمرَ ، رَضِيَ اللهُ عنه على أهلِ الذِّمَّةِ : أنْ يُوسِّعوا أبوابَ كنائسِهِمْ وبِيَعِهِم ، لِيَدْخُلَها المسلمونَ للمَبِيتِ بها ، / والمارَّةُ بدَوابِّهِم ، ورَوَى ابنُ عَائِذٍ[٣٥] فى « فُتوحِ الشَّامِ » ، أنَّ النَّصارَى صَنَعُوا لعمرَ ، رَضِىَ اللهُ عنه ، حين قَدِمَ الشامَ ، طعامًا ، فدعَوْه ، فقال : أين هو ؟ قالوا : فى الكنيسةِ ، فأَبَى أنْ يذهبَ ، وقال لعلىٍّ : امْضِ بالنَّاسِ ، فليتَغَدَّوا . فذهبَ علىٌّ ، رضىَ اللهُ عنه ، بالنَّاسِ ، فدخلَ الكنيسةَ ، وتغدَّى هو والمسلمونَ ، وجعلَ علىٌّ ينظرُ إلى الصُّوَرِ ، وقال : ما على أميرِ المؤمنينَ لو دخلَ فأكلَ[٣٦] ! وهذا اتفاقٌ منهُمْ على إباحةِ دخولِها وفيها الصُّور[٣٧] ، ولأنَّ دخولَ الكنائسِ والبِيَعِ غيرُ مُحرَّمٍ ، فكذلك المنازلُ التى فيها الصُّوَرُ ، وكَوْنُ الملائكةِ لا تدْخُلُه لا يُوجبُ تحريمَ دُخولِه علينا ، كما لو كان فيه كلبٌ ، ولا يحْرُمُ علينا صُحْبةُ رُفْقةٍ فيها جَرَسٌ ، مع أنَّ الملائكةَ لا تصحَبُهم ، وإنَّما أُبيحَ تَرْكُ الدَّعوةِ مِن أجْلِه عُقوبةً لفاعِلِه ، وزجرًا له[٣٨] عن فعلِه ، واللهُ أعلمُ .

١٤٢/٧ ظ

فصل : فأمَّا سَتْرُ الحِيطَانِ بسُتورٍ غيرِ مُصَوَّرةٍ ؛ فإنْ كان لحاجةٍ مِن وِقَايةِ حَرٍّ أو بَرْدٍ ، فلا بأسَ به ؛ لأنَّه يستَعْمِلُه فى حاجتِه ، فأشبَهَ السَّتْرَ على البابِ ، وما يلْبَسُه على بدنِه ، وإنْ كان لغيرِ حاجةٍ ، فهو مَكْرُوهٌ ، وعُذْرٌ فى الرُّجُوعِ عن الدَّعوةِ وتركِ

---

(٣٤) فى : باب الصلاة فى الكعبة ، من كتاب المناسك . سنن أبى داود ١ / ٤٦٧ .
كما أخرجه البخارى ، فى : باب من كبر فى نواحى الكعبة ، من كتاب الحج ، وفى : باب أين ركز النبى ﷺ الراية يوم الفتح ، من كتاب المغازى . صحيح البخارى ٢ / ١٨٤ ، ٥ / ١٨٨ .

(٣٥) محمد بن عائذ بن أحمد القرشى الدمشقى ، الكاتب المؤرخ المحدث ، توفى سنة ثلاث وثلاثين ومائتين ، أو فى التى بعدها . تاريخ التراث العربى ١ / ٢ / ١١٤ .

(٣٦) وأخرج البيهقى نحوه ، فى : باب المدعو يرى فى الموضع الذى يدعى فيه صورا ، من كتاب الصداق . السنن الكبرى ٧ / ٢٦٨ .

(٣٧) فى ب ، م : « الصورة » .

(٣٨) سقط من : الأصل .

الإجابةِ ؛ بدليلِ ما رَوى سالمُ بنُ عبدِ اللهِ بنِ عمرَ ، قال : أعْرَسْتُ فى عَهْدِ أبى ، فآذَنَ أبى النَّاسَ ، فكان أبو أيُّوبَ فى مَن آذنَّا[39] ، وقد ستَرُوا بيتى بِنِجَادٍ[40] أخضرَ ، فأقبلَ أبو أيُّوبَ مُسْرِعًا ، فاطَّلَعَ ، فرأى البيتَ مُستَتِرًا[41] بِنِجَادٍ[40] أخضرَ ، فقال : يا عبدَ اللهِ أتستُرونَ الجُدُرَ ؟ فقال أبى ، واستَحْيَى : غلبتْنا النِّساءُ[42] يا أبا أيُّوبَ . فقال : مَنْ خَشِيتُ أنْ [43] يَغْلِبَه النِّساءُ[43] ، فلم أخشَ أنْ يغْلِبْنَك . ثم قال : لا أطْعَمُ لكم طعامًا ، ولا أدْخُلُ لكم بيْتًا ، ثم خرجَ . رواه الأثْرَمُ[44] . ورُوِىَ عن عبدِ اللهِ بنِ يزيدَ الْخَطْمِىِّ ، أنَّه دُعِىَ إلى طعامٍ ، فرأى البيتَ مُنَجَّدًا ، فقعدَ خارجًا وبَكَى ، قيلَ له : ما يُبكيك ؟ قال : إنَّ رسولَ الله ﷺ رَأى رجلًا قد رقَّعَ بُرْدةً له بِقطعةِ أَدَمٍ ، فقال : « تَطَالَعَتْ عَلَيْكُمُ الدُّنْيَا » . ثلاثًا ، ثم قال : « أَنْتُمُ الْيَوْمَ خَيْرٌ أَمْ إِذَا غَدَتْ عَلَيْكُمْ قَصْعَةٌ وَرَاحَتْ أُخْرَى ، وَيَغْدُو أَحَدُكُمْ فِى حُلَّةٍ وَيَرُوحُ فِى أُخْرَى ، وَتَسْتُرُونَ بُيُوتَكُمْ كَمَا تُسْتَرُ[45] الْكَعْبَةُ ؟ » . قال عبدُ اللهِ : أفلا أبْكى ، وقد بَقِيتُ حتى رأيتُكُمْ تستُرونَ بيوتَكم كما تُستَرُ الكعبةُ[46] ؟ . وقد رَوَى الخَلَّالُ ، بإسنادِه عنِ ابنِ عباسٍ ، وعلىِّ بنِ الحسينِ ، عن النَّبِىِّ ﷺ ، أنَّهُ نَهَى أنْ / تُسْتَرَ الْجُدُرُ[47] . وروت عائشةُ ، أنَّ النَّبِىَّ ﷺ لم يأمُرْ

143/7و

---

(39) فى ب ، م : « آذن » .

(40) فى الأصل ، ا : « بحنادى » . وفى ب ، م : « بخباء » . والمثبت من : مجمع الزوائد .

(41) فى الأصل : « مسترا » .

(42) سقط من : الأصل .

(43–43) فى ا ، ب ، م : « يغلبنه » .

(44) وأخرجه البيهقى بنحوه ، فى : باب ما جاء فى تستير المنازل ، من كتاب الصداق . السنن الكبرى 7 / 272 . وأورده الهيثمى ، فى : باب فى من دعى فرأى ما يكره ، من كتاب الصيد . مجمع الزوائد 4 / 54 ، 55 . وقال : رواه الطبرانى فى الكبير ، ورجاله رجال الصحيح .

(45) فى ا : « تسترون » .

(46) أخرجه البيهقى ، فى : باب ما جاء فى تستير المنازل ، من كتاب الصداق . السنن الكبرى 7 / 272 . وعزاه صاحب الكنز إلى الطبرانى فى الكبير . كنز العمال 3 / 216 .

(47) وأخرجه البيهقى ، فى الموضع السابق .

فيما رُزِقْنَا أنْ نَستُرَ الجُدُرَ (٤٨) . إذا ثبتَ هذا ، فإنَّ سترَ الحيطانِ مَكْرُوهٌ غيرُ مُحَرَّمٍ . وهذا مذهبُ الشَّافعيِّ ؛ إذ لم يثبتْ فى تَحْرِيمِه دليلٌ ، وقد فعلَه ابنُ عمرَ ، وفُعِلَ فى زَمنِ الصَّحابةِ ، رَضِيَ اللهُ عنهم ، وإنَّما كُرِهَ لما فيه من السَّرَفِ ، كالزِّيادةِ فى المَلْبوسِ ، (٤٩ والسَّرَفِ فى المأكولِ ٤٩) . وقد قيلَ : هو مُحَرَّمٌ ؛ للنَّهْيِ عنه . والأوَّلُ أوْلَى ؛ فإنَّ النَّهْيَ لم يثْبُتْ ، ولو ثبتَ يُحْمَلُ (٥٠) على الكراهةِ ؛ لما ذكرْناه .

فصل : وسُئِلَ أحمدُ عن السُّتُورِ فيها القرآنُ ؟ فقال : لا يَنْبَغِى أنْ يكونَ شيئًا مُعلَّقًا فيه القرآنُ ، يُستهانُ به ، ويُمْسَحُ به . قيل له : فيُقْلَعُ ؟ فكرِهَ أنْ يُقلعَ القرآنُ ، وقال : إذا كان سِتْرٌ فيه ذِكْرُ اللهِ تعالى ، فلا بأسَ به (٥١) . وكَرِهَ أنْ يُشترَى الثَّوبُ فيه ذِكْرُ اللهِ ، ممَّا يُجلَسُ عليه أو يُداسُ .

فصل : قيلَ لأبى عبدِ اللهِ : الرَّجُلُ يَكْتَرِى البيتَ فيه تصاويرُ ، تَرَى أنْ يحُكَّها ؟ قال : نعم . قال المَرُّوذِىُّ : قلتُ لأبى عبدِ اللهِ : دخلتُ حمَّامًا ، فرأيتُ صورةً ، أتَرَى أنْ أحُكَّ الرَّأسَ ؟ قال : نعم . إنَّما جازَ ذلك لأنَّ اتِّخاذَ الصُّورةِ مُنْكَرٌ ، فجازَ تغييرُها ، كآلةِ اللَّهوِ والصَّليبِ ، والصَّنَمِ ، ويُتْلَفُ منها ما يُخرجُها عن حَدِّ الصُّورةِ ، كالرَّأسِ ونحوِه ؛ لأنَّ ذلك يكْفِى . قال أحمدُ : ولا بأسَ باللُّعَبِ ما لم تكُنْ صورةً ؛ لما رُوِىَ عن عائشةَ ، قالت : دخلَ علَىَّ رسولُ اللهِ ﷺ وأنا ألْعَبُ باللُّعَبِ ، فقال : « مَا هَذَا يَا عَائِشَةُ ؟ » . فقلتُ : هذه خَيْلُ سليمانَ . فجعلَ يضحكُ . (٥٢ رواه مُسْلِمٌ بنَحْوِه ٥٢) .

فصل : والدُّفُّ ليسَ بمُنْكَرٍ ؛ لما ذكَرْنا من الأحاديثِ فيه ، وأمَرَ النَّبىُّ ﷺ به فى

---

(٤٨) انظر ما تقدم تخريجه عن عائشة فى صفحة ٢٠٠ ، والمسند ٦ / ٢٤٧ .

(٤٩ - ٤٩) فى الأصل ، ب ، م : « والمأكول » .

(٥٠) فى ا ، ب ، م : « لحمل » .

(٥١) سقط من : الأصل .

(٥٢ - ٥٢) سقط من : الأصل . وأخرجه مسلم ، فى : باب فى فضل عائشة رضى الله عنها ، من كتاب فضائل الصحابة . صحيح مسلم ٤ / ١٨٩٠ ، ١٨٩١ .

وأخرجه أبو داود ، فى : باب فى اللعب بالبنات . من كتاب الأدب . سنن أبى داود ٢ / ٥٨١ .

النِّكاحِ[٥٣] . ورَوتْ عائشةُ ؛ أنَّ أبا بكرٍ دخلَ عليها وعندَها جارِيَتانِ فى أيَّامِ مِنًى تَدُفَّانِ وتضرِبَانِ ، والنَّبىُّ ﷺ مُتَغَشٍّ بثَوْبه ، فانْتَهرَهُمَا أبو بكرٍ ، فكَشَفَ النَّبىُّ ﷺ عن وَجْهِه ، فقال : « دَعْهُمَا يَا أَبَا بَكْرٍ ، فإِنَّهَا أَيامُ عِيْدٍ » . مُتَّفَقٌ عليه[٥٤] .

فصل : واتِّخاذُ آنِيَةِ الذَّهبِ والفِضَّةِ مُحَرَّمٌ ، فإذا رآه المَدْعُوُّ فى منزلِ الدَّاعِى ، فهو مُنْكَرٌ يخْرُجُ مِن أجْلِه . وكذلك ما كان مِن الفضَّةِ مُسْتَعْمَلًا كالمُكْحُلَةِ ونحوها . قال الأَثْرَمُ : سُئِلَ أحمدُ : إذا رَأى حَلْقَةَ مِرآةٍ فِضَّةً ، ورأسَ مُكْحُلَةٍ ، يخْرُجُ مِن ذلك ؟ فقالَ : هذا تأويلٌ تأَوَّلْته ، وأمَّا الآنِيَةُ نفسُها فليسَ فيها شَكٌّ . وقال / : مالا يُسْتَعْمَلُ فهو أسْهَلُ ، مِثلُ الضَّبَّةِ فى السِّكِّينِ والقَدَحِ ؛ وذلك لأنَّ رُؤْيَةَ المُنْكرِ كسَماعِه ، فكما لا يجلسُ فى مَوْضِعٍ يسْمَعُ فيه صوتَ الزَّمْرِ ، لا يجلسُ فى موضِعٍ يَرَى فيه مَنْ يشربُ الخمرَ وغيرَه مِن المنكرِ .

١٤٣/٧ ظ

فصل : وإنْ علمَ أنَّ عندَ أهلِ الوَليمةِ مُنْكرًا ، لا يَراهُ ولا يسْمَعُه ، لِكَوْنِه بمَعْزِلٍ عن مَوْضِعِ الطَّعامِ ، أو يُخْفُونه وقتَ حُضُورِه ، فلَه أنْ يحضُرَ ويأكلَ . نصَّ عليه أحمدُ ، وله الامْتِناعُ مِن الحضُورِ[٥٥] فى ظاهرِ كلامِه ؛ فإنَّه سُئِلَ عن الرَّجلِ يُدْعَى إلى الخِتَانِ أو العُرْسِ ، وعندَه المُخَنَّثُونَ ، فيدعُونَه[٥٦] بعدَ ذلك بيومٍ أو ساعةٍ ، وليسَ عندَه أولئك ؟ قال : أرْجُو أنْ لا يأثَمَ إنْ لم يُجِبْ ، وإنْ أجابَ فأرجو أنْ لا يكُونَ آثمًا . فأسقطَ الوُجوبَ ؛ لإسقاطِ الدَّاعِى حُرْمَةَ نفسِه باتِّخاذِ المنكرِ ، ولم يَمْنَعِ الإجابةَ ؛ لكَوْنِ

---

(٥٣) تقدم تخريجه فى ٩ / ٤٦٨ .

(٥٤) أخرجه البخارى ، فى : باب الحراب والدرق يوم العيد ، من كتاب العيدين ، وفى : باب قصة الحبش وقول النبى ﷺ : يا بنى أرفدة ، من كتاب المناقب . صحيح البخارى ٢ / ٢٠ ، ٤ / ٢٢٥ . ومسلم ، فى : باب الرخصة فى اللعب ... ، من كتاب العيدين ٢ / ٦٠٨ .

كما أخرجه النسائى ، فى : باب الاستماع إلى الغناء وضرب الدف يوم العيد ، من كتاب العيدين . المجتبى ٤ / ١٦٠ . والإمام أحمد ، فى : المسند ٦ / ٨٤ .

(٥٥) فى الأصل : « حضوره » .

(٥٦) فى النسخ : « فيدعوه » .

المُجيبِ لا يَرى مُنكَرًا ولا يسْمَعُه . وقال أحمدُ : إنَّما تجبُ الاجابةُ إذا كان المَكْسَبُ طيِّبًا ، ولم يرَ مُنْكَرًا . فعَلَى قولِه هذا ، لا تجبُ إجابةُ مَنْ طعامُه مِن مَكسَبٍ خَبيثٍ ؛ لأنَّ اتِّخاذَه منكرٌ ، والأكلَ منه منكرٌ ، فهو أوْلَى بالامْتِناع ، وإنْ حضرَ لم يسُغْ له[57] الأكلُ منه .

١٢٢٠ ـ مسألة ؛ قال : (**وَدَعْوَةُ الْخِتَانِ لَا يَعْرِفُهَا الْمُتَقَدِّمُونَ ، وَلَا عَلَى مَنْ دُعِىَ إِلَيْهَا أَنْ يُجِيبَ ، وَإِنَّمَا وَرَدَتِ السُّنَّةُ فِى إِجَابَةِ مَنْ دُعِىَ إِلَى وَلِيمَةِ تَزْوِيجٍ**[1])

يعنى بالمُتقدِّمين أصحابَ رسولِ اللهِ ﷺ الَّذين يُقتدى بِهم ؛ وذلك لما رُوِىَ أنَّ عثمانَ بنَ أبى العاصِ ، دُعِىَ إلى خِتانٍ ، فأبَى أنْ يُجيبَ ، فقيلَ له ؟ فقال : إنَّا كنَّا لا نأْتِى الخِتَانَ على عهدِ رسولِ اللهِ ﷺ ، ولا نُدْعَى إليه . رواه الإمامُ أحمدُ بإسنادِه[2] إذا ثبتَ هذا ، فحُكْمُ الدَّعوةِ للخِتانِ وسائرِ الدَّعواتِ غيرِ الوَلِيمةِ أنَّها مُستَحَبَّةٌ ؛ لما فيها مِن إطْعامِ الطَّعامِ ، والإجابةُ إليها مُستحَبَّةٌ غيرُ واجبةٍ . وهذا قولُ مالكٍ ، والشَّافعىِّ ، وأبى حنيفةَ وأصحابِه . وقال العَنْبَرىُّ : تجبُ إجابةُ كلِّ دَعْوةٍ ؛ لعُمومِ الأمرِ به . فإنَّ ابنَ عمرَ رَوَى عن النَّبىِّ ﷺ ، أنَّه قال : « إِذَا دَعَا أَحَدُكُمْ أَخَاهُ فَلْيُجِبْهُ ، عُرْسًا كَانَ أَوْ غَيْرَ عُرْسٍ » . أخْرَجه أبو داودَ[3] . ولَنا ، أنَّ الصَّحيحَ مِن السُّنَّةِ إنَّما وردَ فى إجابةِ الدَّاعى إلى الوَلِيمةِ ، وهى الطَّعامُ فى العُرْسِ خاصَّةً ، كذلك قال الخليلُ ، وثعلبٌ ، وغيرُهما مِن أهلِ اللُّغةِ . وقد صرَّحَ بذلك فى بعضِ رِواياتِ ابنِ عمرَ / ، عن رسولِ اللهِ ﷺ ، أنَّه قال : « إِذَا دُعِىَ أَحَدُكُمْ إِلَى وَلِيمَةِ عُرْسٍ فَلْيُجِبْ » . رواه ابنُ ماجه[4] . وقال عثمانُ بنُ

١٤٤/٧ و

---

(٥٧) سقط من : الأصل .

(١) فى الأصل : « تزوج » .

(٢) المسند ٤ / ٢١٧ .

(٣) فى : باب ما جاء فى إجابة الدعوة ، من كتاب الأطعمة . سنن أبى داود ٢ / ٣٠٦ .
كما أخرجه مسلم ، فى : باب الأمر بإجابة الداعى إلى دعوة ، من كتاب النكاح . صحيح مسلم ٢ / ١٠٥٣ .

(٤) فى : باب إجابة الداعى ، من كتاب النكاح . سنن ابن ماجه ١ / ٦١٦ .
كما أخرجه مسلم ، فى : باب الأمر بإجابة الداعى إلى دعوة ، من كتاب النكاح . صحيح مسلم ٢ / ١٠٥٣ .

أبي العاص : كُنَّا لا نأتِي الخِتَانَ على عهدِ رسولِ اللهِ ﷺ ، ولا نُدْعَى إليه . ولأنَّ التَّزويجَ يُسْتَحَبُّ إعلانُه ، وكثرةُ الجَمْعِ فيه ، والتَّصويتُ ، والضَّربُ بالدُّفِّ ، بخلافِ غيرِه . فأمَّا الأمرُ بالإجابةِ إلى غيرِه ، فمَحْمُولٌ على[5] الاسْتِحْبابِ ؛ بدليلِ أنَّه لم يَخُصَّ به دعوةً ذاتَ سَبَبٍ دونَ غيرِها ، وإجابةُ كلِّ داعٍ مُسْتحبَّةٌ لهذا الخبرِ ، ولأنَّ فيه جبرَ قلبِ الدَّاعي ، وتطييبَ قلبِه ، وقد دُعِيَ أحمدُ إلى خِتَانٍ ، فأجابَ وأكلَ . فأمَّا الدَّعوةُ في حقِّ فاعلِها ، فليستْ لها فضيلةٌ تختصُّ بها ؛ لعَدَمِ ورُودِ الشَّرْعِ بها ، ولكنْ هي بمنزلةِ الدَّعوةِ لغيرِ سببٍ حادثٍ ، فإذا قَصَدَ فاعلُها شُكْرَ نِعمةِ اللهِ عليه ، وإطْعامَ إخْوانِه ، وبَذْلَ طعامِه ، فله أجرُ ذلك ، إنْ شاءَ اللهُ تعالى .

١٢٢١ – مسألة ؛ قال : (والنِّثَارُ مَكْرُوهٌ ؛ لِأنَّهُ شِبْهُ النُّهْبَةِ ، وَقَدْ يَأْخُذُهُ مَنْ غَيْرُهُ أَحَبُّ إِلَى صَاحِبِ النِّثَارِ مِنْهُ)

اخْتلَفتِ الرِّوايةُ عن أحمدَ في النِّثارِ والْتقاطِه ؛ فرُوِيَ أنَّ ذلك مكروهٌ في العُرْسِ وغيرِه . ورُوِيَ ذلك عن أبي مسعودٍ البَدْرِيِّ ، وعِكرِمةَ ، وابنِ سِيرِينَ ، وعَطاءٍ ، وعبدِ اللهِ بن يَزِيد[1] الْخَطْمِيِّ ، وطلحةَ ، وزُبَيْدٍ الْيَامِيِّ[2] . وبه قال مالكٌ ، والشَّافعيُّ . ورُوِي عن أحمدَ ، روايةٌ ثانيةٌ : ليسَ بمكروهٍ . اخْتارها أبو بكرٍ . وهو قولُ الحَسَنِ ، وقَتَادَةَ ، والنَّخَعِيِّ ، وأبي حنيفةَ ، وأبي عُبَيْدٍ ، وابنِ المُنْذِرِ ؛ لِمَا رَوى عبدُ اللهِ بنُ قُرْطٍ ، قال : قُرِّبَ إلى رسولِ اللهِ ﷺ خَمْسُ بَدَناتٍ أو سِتٌّ ، فطَفِقْنَ يَزْدَلِفنَ إليه بأيَّتِهِنَّ يبدأُ ، فنَحَرها رسولُ اللهِ ﷺ ، وقال كلمةً لم أسمعْها ، فسألتُ مَن قَرُبَ منه ، فقال : قال :

---

(٥) سقط من : ب ، م .

(١) في النسخ : « زيد » . وهو عبد الله بن يزيد بن زيد الخطمي ، نسبة إلى بني خطمة بن جشم ، بطن من الأنصار ، له صحبة ، شهد الحديبية وهو صغير ، وكان أميرا على الكوفة زمن ابن الزبير . اللباب ١ / ٣٨٠ ، تهذيب التهذيب ٦ / ٧٨ .

(٢) زبيد بن الحارث بن عبد الكريم اليامي ، نسبة إلى يام بن أصبى بن رافع . بطن من همدان ، حدث عن التابعين ، وتوفي بعد العشرين ومائة . اللباب ٣ / ٣٠٤ ، تهذيب التهذيب ٣ / ٣١٠ ، ٣١١ .

« مَنْ شَاءَ اقْتَطعَ » . رواه أبو داودَ[3] . وهذا جارٍ مَجْرَى النِّثارِ ، وقد رُوِىَ أنَّ النَّبِىَّ ﷺ دُعِىَ إلى وَلِيمةِ رجلٍ مِن الأنصارِ ، ثم أُتُوا بنَهْبٍ فأُنهِبَ عليه . قال الرَّاوِى : ونظرتُ إلى رسولِ اللهِ ﷺ يُزَاحِمُ النَّاسَ ويَحْثُو[4] ذلك . قلتُ : يا رسولَ اللهِ ، أو مَا نَهيْتَنا عن النُّهْبَةِ ؟ قال : « نَهَيْتُكُمْ عَنْ نُهْبَةِ الْعَسَاكِرِ »[5] . ولأنَّه نوعُ إباحةٍ فأشْبَهَ إباحةَ الطَّعامِ للضِّيفَانِ . ولَنا ، ما رُوِىَ عن النَّبِىِّ / ﷺ ، أنَّه قال : « لَا تَحِلُّ النُّهْبَى[6] وَالْمُثْلَةُ » . رواه البُخارِىُّ[7] . وفى لفظٍ ، أنَّ النَّبِىَّ ﷺ نَهَى عن النُّهْبَى وَالْمُثْلَةِ . ولأنَّ فيه نَهْبًا ، وتَزاحُما ، وقِتالًا ، ورُبَّما أخذَه مَن يَكْرَهُ صاحِبُ النِّثارِ ، لحِرْصِه وشَرَهِه ودَناءةِ نفْسِه ، ويُحْرَمُه مَن يُحِبُّ صاحبُه ؛ لمُروءتِه وصِيَانةِ نفسِه وعِرْضِه ، والغَالِبُ هذا ، فإنَّ أهلَ المُروآتِ يصُونونَ أنفسَهُمْ عن مُزَاحمةِ سَفِلَةِ النَّاسِ على شىءٍ مِن الطَّعامِ أو غيرِه ، ولأنَّ فى هذا دَناءةً ، واللهُ يحبُّ مَعالِىَ الأمورِ ، ويَكْرَهُ سَفْسَافَها . فأمَّا خبرُ البَدَنَاتِ ؛ فيَحْتَمِلُ أنَّ النَّبِىَّ ﷺ علمَ أنَّه لا نُهْبَةَ فى ذلك ؛ لكَثْرةِ اللَّحْمِ ، وقِلَّةِ الآخذِينَ ، أو فعَلَ ذلك لاشْتغالِه بالمَناسكِ عن تَفْرِيقِها . وفى الجملةِ ، فالخلافُ إنَّما هو فى كَراهِيَةِ ذلك ، وأمَّا إباحتُه[8] فلا خلافَ فيها ، ولا فى الالْتِقاطِ ؛ لأنَّه نَوْعُ إباحةٍ لمالِه ، فأشْبَهَ سائرَ الإباحاتِ .

١٤٤/٧ظ

---

(٣) تقدم تخريجه فى : ٥ / ٣٠١ .

(٤) فى ب ، م : « أو نحو » .

(٥) أخرج نحوه الطحاوى ، فى : باب انتهاب ما ينثر على القوم ... ، من كتاب النكاح . شرح معانى الآثار ٣ / ٥٠ .

(٦) فى ا : « النهبة » .

(٧) فى : باب النهبى بغير إذن صاحبه ، من كتاب المظالم ، وفى : باب ما يكره من المثلة والمصبورة والمجثمة ، من كتاب الذبائح . صحيح البخارى ٣ / ١٧٨ ، ٧ / ١٢٢ .

كما أخرجه ، أبو داود ، فى : باب فى النهى عن النهبى ... ، من كتاب الجهاد . سنن أبى داود ٢ / ٦٠ . والنسائى ، فى : باب النتف ، من كتاب الزينة . المجتبى ٨ / ١٢٣ . وابن ماجه ، فى : باب النهى عن النهبة ، من كتاب الفتن . سنن ابن ماجه ٢ / ١٢٩٩ . والدارمى ، فى : باب مالا يؤكل من السباع ، وباب النهى عن النهبة ، من كتاب الأضاحى . سنن الدارمى ٢ / ٨٥ ، ٨٨ . والإمام أحمد ، فى : المسند ٢ / ٣٢٥ ، ٣ / ١٤٠ ، ٣٢٣ ، ٤ / ١١٧ ، ١٣٤ ، ١٣٥ ، ١٩٤ ، ٣٠٧ ، ٥ / ١٩٣ ، ١٩٥ ، ٦ / ٤٤٥ .

(٨) فى الأصل : « الإباحة » .

١٢٢٢ – مسألة ؛ قال : (فَإِنْ قَسَمَ عَلَى الْحَاضِرِينَ ، فَلَا بَأْسَ بِأَخْذِهِ)

كذا رُوِىَ عن أبى عبدِ اللهِ ، رحِمَه اللهُ ، أنَّ بعضَ أولادِه حَذَقَ[١] ، فقَسَمَ على الصِّبْيَانِ الجَوْزَ . أمَّا إذا قسَمَ على الحاضرِينَ ما يُنثَرُ مِثل اللَّوْزِ ، والسُّكَّرِ ، وغيرِه ، فلا خلافَ فى[٢] أنَّ ذلك حَسَنٌ ، غيرُ مكروهٍ . وقد رُوِىَ عن أبى هُرَيْرَةَ ، قال : قسم النَّبِىُّ ﷺ يومًا بينَ أصحابه تمرًا ، فأعْطَى كلَّ إنسانٍ سبْعَ تَمَرَاتٍ ، فأعْطانِى سبعَ تَمَرَاتٍ إحداهُنَّ حَشَفَةٌ ، لم يَكُنْ فِيهِنَّ[٢] تمرةٌ أعجبَ إلىَّ منها ، شَدَّتْ[٣] فى مَضَاغِى[٣] . رَوَاه البُخارِىُّ[٤] . وكذلك إنْ وضعَه بينَ أيْديهم ، وأذِنَ لهم فى أخْذِه على وَجْهٍ لا يقعُ تَنَاهُبٌ ، فلا يُكْرَهُ أيضًا . قال المَرُّوذِىُّ : سألتُ أبا عبدِ اللهِ عن الجوْزِ يُنْثَرُ ؟ فكرِهَه ، وقال : يُعْطَوْنَ فيُقْسَمُ[٥] عليهم . وقال محمّدُ بنُ علىِّ بنِ بحرٍ : سمعتُ حُسْنَ[٦] أمَّ وَلَدِ أحمد بنِ حَنْبَلٍ ، تقول : لما حَذَقَ ابنِى حسَن ، قال لى مَوْلاَىَ : حُسْنُ ، لا تَنْثُرِى[٧] عليه . فاشترى تمرًا وجَوْزًا ، فأرسلَه إلى المُعَلِّم ، قالتْ : وعمِلْتُ أنا عَصِيدَةً ، وأطْعَمْتُ الفقراءَ ، فقال : أحْسَنْتِ أحسنتِ . وفرَّقَ أبو عبدِ اللهِ على الصِّبْيانِ الجوْزَ ، لكلِّ واحدٍ خمسةٌ خمسةٌ .

فصل : ومَن حصَل فى حِجْرِه شىءٌ مِن النِّثَارِ ، فهوَ له ، غيرُ مَكْرُوهٍ ؛ لأنَّه مُباحٌ حصَل فى حِجْرِه فملَكه ، كما لو وثَبتْ سمكةٌ مِن البَحْرِ فوقَعتْ فى حِجْرِه ، وليسَ لأحدٍ أنْ يأْخُذَه مِن حِجْرِه ؛ لما ذكرْنَاه .

---

(١) حذق : أى أتم حفظ القرآن . وسبق فى أول الباب .

(٢) سقط من : ب ، م .

(٣–٣) فى ب ، م : « إلى ما ضغى » .

(٤) فى : باب ما كان النبى ﷺ وأصحابه يأكلون ، من كتاب الأطعمة . صحيح البخارى ٧ / ٩٦ .
كما أخرجه الإمام أحمد ، فى : المسند ٢ / ٣٢٤ .

(٥) فى ا ، ب ، م : « يقسم » .

(٦) حُسْن : جارية اشتراها الإمام أحمد ، بعد موت زوجته أم ابنه عبد الله ، فولدت منه بعض أبنائه ، وروت عنه أشياء .
طبقات الحنابلة ١ / ٤٢٩ ، ٤٣٠ .

(٧) فى ا ، ب ، م : « تنثروا » .

/ **فصل** : ولا بأسَ أن يخلِط المُسافرون أزْوادَهم[8] ويأكلونَ جميعًا . وإنْ أكلَ بعضُهم أكثرَ مِن بعضٍ ، فلا بأسَ . وقد كان السَّلَفُ يتناهَدُون[9] في الغَزْوِ والحَجِّ . ويُفارِقُ النِّثارَ ؛ فإنَّه يُؤخذُ بنَهْبٍ وتَسالُبٍ وتَجاذُبٍ ، بخلافِ هذا . ١٤٥/٧و

فصلٌ : في آدابِ الطَّعامِ . يُسْتَحبُّ غَسْلُ اليَدَيْنِ[10] قبلَ الطَّعامِ وبعدَه ، وإنْ كان على وُضوءٍ . [11]قال المَرُّوذِيُّ : رأيتُ أبا عبدِ الله يغْسِلُ يدَيْه قبلَ الطَّعامِ وبعدَه ، وإنْ كان على وُضوءٍ[11] . وقد رُوِيَ عن النَّبِيِّ ﷺ ، أنَّه قال : « مَنْ أَحَبَّ أَنْ يُكْثِرَ اللهُ[12] خَيْرَ بَيْتِه ، فَلْيَتَوَضَّأْ إِذَا حَضَرَ غَدَاؤُهُ ، وَإِذَا رُفِعَ » . رواه ابنُ ماجه[13] . وروَى أبو بكرٍ ، بإسْنادِه عن الحسنِ [14]بن عليٍّ[14] أن[15] النَّبيَّ ﷺ[16] قال : « الْوُضُوءُ قَبْلَ الطَّعَامِ يَنْفِي الْفَقْرَ ، وَبَعْدَهُ يَنْفِي اللَّمَمَ »[17] . يعني به غَسْلَ اليدَيْنِ . وقال النَّبيُّ ﷺ : « مَنْ نَامَ وَفِي يَدِهِ رِيحُ غَمَرٍ[18] ، فَأَصَابَهُ شَيْءٌ ، فَلَا يَلُومَنَّ إِلَّا نَفْسَهُ » . رواه أبو داودَ[19] . ولا بأسَ بتَرْكِ الوضوءِ ؛ لما رَوَى أبو هُرَيْرةَ ، أنَّ النَّبيَّ ﷺ خرجَ مِن

---

(٨) في الأصل : « زادهم » .

(٩) في ا ، ب ، م : « يتعاهدون » . وتناهد الرفقة في السفر : أخرجوا ما لديهم من الطعام .

(١٠) في الأصل ، ا : « اليد » .

(١١ - ١١) سقط من : الأصل . نقل نظر .

(١٢) تكملة من سنن ابن ماجه .

(١٣) في : باب الوضوء عند الطعام ، من كتاب الأطعمة . سنن ابن ماجه ٢ / ١٠٨٥ .

(١٤ - ١٤) سقط من : الأصل ، ا .

(١٥) في الأصل ، ا : « عن » .

(١٦) في الأصل ، ا زيادة : « أنه » .

(١٧) أورده الشوكاني ، في : كتاب الأطعمة والأشربة . الفوائد المجموعة في الأحاديث الموضوعة ١٥٥ . والصغاني في رسالته في الموضوعات ٩ .

(١٨) غمر : دسم ووسخ وزهومة من اللحم .

(١٩) تقدم تخريجه في : ١ / ٢٥٣ . ويصحح : سنن أبي داود ٢ / ٣٣٠ . ويضاف إليه : والدارمي ، في : باب في الوضوء بعد الطعام ، من كتاب الأطعمة . سنن الدارمي ٢ / ١٠٤ .

الغائطِ ، فأُتِىَ بطَعامٍ ، فقال رجلٌ : يا رسولَ اللهِ ، ألا آتيك بوَضوءٍ ؟ قال[20] : « أُرِيدُ الصَّلاةَ ؟ » رواه ابنُ ماجه[21] . وعن جابرٍ قال : أقبلَ رسولُ اللهِ ﷺ مِن شِعْبِ الجَبَلِ ، وقد قضَى حاجتَه ، وبين أيدِينا تَمْرٌ عَلَى تُرْسٍ أو حَجَفَةٍ[22] ، فدَعَوْنَاه فأكلَ معنا ، وما مَسَّ ماءً . رواه أبو داودَ[23] . ورُوِىَ عنه ، أنَّه كان يَحْتَزُّ مِنْ كَتِفِ شاةٍ فِى يَدِهِ ، فدُعِىَ إلَى الصَّلاةِ ، فألْقاها مِن يَدِه ، ثُمَّ قام فَصَلَّى ، ولم يَتَوضَّأْ . رواه البُخاريُّ[24] . ولا بأسَ بتقْطِيعِ اللَّحمِ بالسِّكِّينِ ؛ لهذا الحديثِ . وقال مُهَنَّا : سألتُ أحمدَ عن حديثٍ يُرْوَى عن النَّبِىِّ ﷺ : « لَا تَقْطَعُوا اللَّحْمَ بالسِّكِّينِ ، فإنَّهُ مِنْ صُنْعِ الأَعَاجِمِ ، وانْهَشُوهُ نَهْشًا ؛ فإنَّهُ أَهْنَأُ وأَمْرأُ »[25] . قال : ليس بصحيحٍ . واحتجَّ بهذا الحديثِ الذى ذكرْناه .

فصل : وتُستَحبُّ التَّسْمِيَةُ عندَ الأكلِ ، وأنْ يأكُلَ بيمينه مِمَّا يَلِيْه ؛ لما رَوَى عمرُ ابنُ أبى سَلَمَةَ قال : كنتُ يتيمًا فى حِجْرِ رسولِ اللهِ ﷺ ، فكانت يَدِى تَطِيشُ فى الصَّحْفَةِ ، فقال لِى النَّبِىُّ ﷺ : « يَا غُلَامُ ، سَمِّ اللهَ ، وكُلْ بِيَمِينِكَ ، وكُلْ مِمَّا

---

(20) فى ب ، م زيادة : « لا » .

(21) فى : باب ، الوضوء عند الطعام ، من كتاب الأطعمة . سنن ابن ماجه 2 / 1085 .

(22) الحجفة ؛ بمعنى الترس .

(23) فى : باب فى طعام الفجاءة ، من كتاب الأطعمة . سنن أبى داود 2 / 311 .
كما أخرجه الإمام أحمد ، فى : المسند 3 / 397 .

(24) فى : باب من لم يتوضأ من لحم الشاة ... ، من كتاب الوضوء ، وفى : باب إذا دعى الإمام إلى الصلاة وبيده ما يأكل ، من كتاب الأذان ، وفى : باب ما يذكر فى السكين ، من كتاب الجهاد ، وفى : باب قطع اللحم بالسكين ، وباب شاة مسموطة والكتف والجنب ، وباب إذا حضر العشاء فلا يعجل عن عشائه ، من كتاب الأطعمة . صحيح البخارى 1 / 63 ، 172 ، 4 / 51 ، 7 / 96 ، 98 ، 107 .
كما أخرجه مسلم ، فى : باب نسخ الوضوء مما مست النار ، من كتاب الحيض . صحيح مسلم 1 / 273 . والترمذى ، فى : باب ما جاء عن النبى ﷺ من الرخصة فى قطع اللحم بالسكين ، من أبواب الأطعمة . عارضة الأحوذى 8 / 31 . والدارمى ، فى : باب الرخصة فى ترك الوضوء ، من كتاب الوضوء . سنن الدارمى 1 / 185 . والإمام أحمد ، فى : المسند 1 / 365 ، 4 / 139 ، 179 ، 5 / 288 .

(25) أخرجه أبو داود ، فى : باب فى أكل اللحم ، من كتاب الأطعمة . سنن أبى داود 2 / 314 . وقال : ليس هو بالقوىّ .

يَلِيكَ ». مُتَّفَقٌ عليه[26]. وعن ابنِ عمرَ، عن النَّبيِّ ﷺ، قال: « إِذَا أَكَلَ أَحَدُكُمْ فَلْيَأْكُلْ بِيَمِينِهِ، فَإِنَّ الشَّيْطَانَ يَأْكُلُ بِشِمَالِهِ، وَيَشْرَبُ بِشِمَالِهِ ». رَوَاه مسلمٌ[27]. / ١٤٥/٧ظ

وعن عائشةَ، أنَّ رسولَ الله ﷺ قال: « إِذَا أَكَلَ أَحَدُكُمْ فَلْيَذْكُرِ اسْمَ اللهِ، فَإِنْ نَسِيَ أَنْ يَذْكُرَ اسْمَ اللهِ فِي أَوَّلِهِ فَلْيَقُلْ: بِسْمِ اللهِ أَوَّلَهُ وَآخِرَهُ ». وكان رسولُ الله ﷺ جَلِيسًا ورجلٌ يأكلُ، فلم يُسَمِّ حتى لم يبقَ مِن طعامِه إلَّا لقمةٌ، فلمَّا رفعها إلى فِيهِ قال: بسمِ اللهِ أوَّلَه وآخِرَهُ. فضحِكَ النَّبيُّ ﷺ ثم قال[28]: « مَا زَالَ الشَّيْطَانُ يَأْكُلُ مَعَهُ، فَلَمَّا ذَكَرَ اسْمَ[29] اللهِ قَاءَ مَا فِي بَطْنِهِ ». رواهُنَّ أبو داودَ[30]. وعن عِكْرَاشِ بنِ ذُؤَيْبٍ قال: أُتِيَ

---

(٢٦) أخرجه البخارى، فى: باب التسمية على الطعام والأكل باليمين، من كتاب الأطعمة. صحيح البخارى ٧ / ٨٨. ومسلم، فى: باب آداب الطعام والشراب وأحكامهما، من كتاب الأشربة. صحيح مسلم ٣ / ١٥٩٩.

كما أخرجه أبو داود، فى: باب الأكل باليمين، من كتاب الأطعمة. سنن أبى داود ٢ / ٣١٤. والترمذى، فى: باب ما جاء فى التسمية على الطعام، من أبواب الأطعمة. عارضة الأحوذى ٨ / ٤٦. وابن ماجه، فى: باب التسمية عند الطعام، وباب الأكل باليمين، من كتاب الأطعمة. سنن ابن ماجه ٢ / ١٠٨٧. والدارمى، فى: باب فى التسمية على الطعام، من كتاب الأطعمة. سنن الدارمى ٢ / ٩٤. والإمام مالك، فى: باب جامع ما جاء فى الطعام والشراب، من كتاب صفة النبى ﷺ. الموطأ ٢ / ٩٣٤. والإمام أحمد، فى: المسند ٤ / ٢٦، ٢٧.

(٢٧) فى: باب آداب الطعام والشراب وأحكامهما، من كتاب الأشربة. صحيح مسلم ٣ / ١٥٩٨.

كما أخرجه أبو داود، فى: باب الأكل باليمين، من كتاب الأطعمة. سنن أبى داود ٢ / ٣١٤. والدارمى، فى: باب الأكل باليمين، من كتاب الأطعمة. سنن الدارمى ٢ / ٩٧. والإمام مالك، فى: باب النهى عن الأكل بالشمال، من كتاب صفة النبى ﷺ. الموطأ ٢/٩٢٣. والإمام أحمد، فى: المسند ٢ / ٨، ٣٣، ١٠٦، ١٢٨، ١٣٥، ١٤٦.

(٢٨) فى ب، م: « وقال ».

(٢٩) سقط من: ا، ب، م.

(٣٠) الأول تقدم تخريجه عند أبى داود، فى الكلام على تخريجه عند مسلم.

والثانى والثالث أخرجهما أبو داود، فى: باب التسمية على الطعام، من كتاب الأطعمة. سنن أبى داود ٢ / ٣١٢، ٣١٣.

كما أخرج الثانى الترمذى، فى: باب ما جاء فى التسمية على الطعام، من أبواب الأطعمة. عارضة الأحوذى ٨ / ٤٦. وابن ماجه، فى: باب التسمية عند الطعام، من كتاب الأطعمة. سنن ابن ماجه ٢ / ١٠٨٧. والدارمى، فى: باب فى التسمية على الطعام، من كتاب الأطعمة. سنن الدارمى ٢ / ٩٤. والإمام أحمد، فى: المسند ٦ / ١٤٣، ٢٠٨، ٢٤٦، ٢٦٥.

النَّبِىُّ ﷺ بجفْنَةٍ كثيرةِ الثَّرِيدِ والوَدَكِ[31] ، فأقبلْنَا نأكلُ ، فَخَبَطْتُ يدِى فى نواحِيهَا ، فقال : « يا عِكْرَاشُ ، كُلْ مِنْ مَوْضِعٍ وَاحِدٍ ؛ فَإِنَّهُ طَعَامٌ وَاحِدٌ » . ثم أُتِينا بطبَقٍ فِيه أَلْوانُ الرُّطَبِ ، فجالتْ يدُ رسولِ اللهِ ﷺ فى الطَّبَقِ ، وقال : « يَا عِكْرَاشُ ، كُلْ مِنْ حَيْثُ شِئْتَ ؛ فَإِنَّهُ غَيْرُ لَوْنٍ وَاحِدٍ » . رواه ابنُ ماجه[32] . ولا يأكلُ مِن ذِرْوةِ الثَّرِيدِ ، لما رَوَى ابنُ عبَّاسٍ ، عن النَّبِيِّ ﷺ ، أنَّه قال : « إِذَا أَكَلَ أَحَدُكُمْ طَعَامًا ، فَلَا يَأْكُلْ مِنْ أَعْلَى الصَّحْفَةِ ، وَلَكِن لِيَأْكُلْ مِنْ أَسْفَلِهَا ، فَإِنَّ الْبَرَكَةَ تَنْزِلُ مِنْ أَعْلَاهَا » . وفى[33] حديثٍ آخَرَ[33] : « كُلُوا مِنْ جَوَانِبِهَا ، وَدَعُوا ذِرْوَتَهَا ، يُبَارَكْ فِيهَا » رواهما ابنُ مَاجه[34] .

فصل : ويُستحَبُّ الأكلُ بالأصابعِ الثَّلاثِ ، ولا يَمسحُ يَدَه حتى يلْعَقَها . قال مُثَنَّى : سألتُ أبا عبدِ اللهِ عن الأكلِ بالأصابعِ كلِّها ؟ فذهبَ إلى ثلاثِ أصابعَ ، فذكرتُ له الحديثَ الذى يُرْوَى عَنِ النَّبِىِّ ﷺ ، أنَّه كان يأكُلُ بكَفِّه كلِّها[35] . فلم يُصَحِّحْه ، ولم يَرَ إلَّا ثلاثَ أصابعَ . وقد رَوَى كَعْبُ بنُ مالكٍ ، قال : كان رسولُ اللهِ ﷺ يأْكُلُ بثلاثِ أصابعَ ، ولا يَمْسَحُ يدَه حتى يلْعَقَها . رواه الخَلَّالُ بإسْنادِه[36] .

---

(31) الودك : دسم اللحم والشحم ، وهو ما يتحلب من ذلك .

(32) فى : باب الأكل مما يليك ، من كتاب الأطعمة . سنن ابن ماجه 2 / 1089 ، 1090 .

كما أخرجه الترمذى ، فى : باب ما جاء فى التسمية فى الطعام ، من أبواب الأطعمة . عارضة الأحوذى 8 / 40 .

(33-33) فى ا ، ب ، م : « الحديث » .

(34) الحديث الأول ، باللفظ الذى أورده المصنف ، أخرجه أبو داود عن ابن عباس ، فى : باب ما جاء فى الأكل من أعلى الصحفة ، من كتاب الأطعمة . سنن أبى داود 2 / 313 . كما أخرج الثانى عن عبد الله بن بسر ، فى الباب نفسه . أما ابن ماجه ، فقد أخرج الأول ، عن واثلة بن الأسقع الليثى ، باختلاف يسير ، فى بعض ألفاظه ، وأخرج الثانى عن عبد الله بن بسر ، وأخرج عن ابن عباس ، أن رسول الله ﷺ قال : « إذا وضع الطعام ، فخذوا من حافته ، وذروا وسطه ؛ فإن البركة تنزل فى وسطه » . انظر : باب النهى عن الأكل من ذروة الثريد ، من كتاب الأطعمة . سنن ابن ماجه 2 / 1090 .

(35) أخرجه ابن أبى شيبة ، فى : باب فى الأكل بكم إصبع هو ، من كتاب العقيقة . المصنف 8 / 299 . بلفظ : كان يأكل بالخمس .

(36) وأخرجه مسلم ، فى : باب استحباب لعق الأصابع والقصعة ... ، من كتاب الأشربة . صحيح مسلم 3 / 1605 . وأبو داود ، فى : باب فى المنديل ، من كتاب الأطعمة . سنن أبى داود 2 / 329 . والدارمى ، فى : باب الأكل بثلاث أصابع ، من كتاب الأطعمة . سنن الدارمى 2 97 . والإمام أحمد ، فى : المسند 6/386 .

وَيُكْرَهُ الأَكْلُ مُتَّكِئًا ؛ لما رَوى أبو جُحَيْفَةَ ، أنَّ رسولَ اللهِ ﷺ قال : « لَا آكُلُ مُتَّكِئًا » . رَواه البُخارِيُّ[37] . ولا يمسحُ يدَه بالمِنْدِيلِ حتى يَلْعقَها ؛ لِمَا رَوَينا ، ولما رُوِيَ عن ابنِ عبَّاسٍ ، عن النَّبِيِّ ﷺ ، قال : « إِذَا أَكَلَ أَحَدُكُمْ طَعَامًا ، فَلَا يَمْسَحْ يَدَهُ حَتَّى يَلْعَقَهَا أَوْ يُلْعِقَهَا » . رَواه أبو دَاودَ[38] . وعن نُبَيْشَةَ قال[39] : قال رسولُ اللهِ ﷺ . « مَنْ أَكَلَ فِي قَصْعَةٍ فَلَحَسَهَا ، اسْتَغْفَرَتْ لَهُ الْقَصْعَةُ » . [40]رواه التِّرمِذِيُّ[40] . وعَن جابرٍ قال : قال / رسولُ اللهِ ﷺ : « إِذَا وَقَعَتِ اللُّقْمَةُ مِنْ يَدِ أَحَدِكُمْ ، فَلْيَمْسَحْ مَا عَلَيْهَا مِنَ الْأَرْضِ ، وَلْيَأْكُلْهَا » . رَوَاه[41] ابنُ مَاجه[42] . ١٤٦/٧و

فصل : ويحمَدُ اللهَ تعالى إذا فرغ ؛ لقولِ رسولِ اللهِ ﷺ : « إِنَّ اللهَ لَيَرْضَى مِنَ الْعَبْدِ أن يَأْكُلَ الْأَكْلَةَ ، أَوْ يَشْرَبَ الشَّرْبَةَ ، فَيَحْمَدَهُ[43] عَلَيْهَا » . [44]رَواه مسلمٌ[44] .

---

(٣٧) فى : باب الأكل متكئا ، من كتاب الأطعمة . صحيح البخارى ٧ / ٩٣ .

كما أخرجه أبو داود ، فى : باب ما جاء فى الأكل متكئا ، من كتاب الأطعمة . سنن أبى داود ٢ / ٣١٣ . والترمذى ، فى : باب ما جاء فى كراهية الأكل متكئا ، من أبواب الأطعمة . عارضة الأحوذى ٨ / ٢٦ .

(٣٨) فى : باب فى المنديل ، من كتاب الأطعمة . سنن أبى داود ٢ / ٣٢٩ .

كما أخرجه مسلم ، فى : باب استحباب لعق الأصابع والقصعة ... ، من كتاب الأشربة . صحيح مسلم ٣ / ١٦٠٥ . والدارمى ، فى : باب فى المنديل عند الطعام ، من كتاب الأطعمة . سنن الدارمى ٢ / ٩٥ .

(٣٩) فى ب ، م : « قالت » . وهو نبيشة الخير ، رجل من هذيل . انظر مواضع التخريج الآتية .

(٤٠ – ٤٠) سقط من : الأصل . وأخرجه الترمذى ، فى : باب ما جاء فى اللقمة تسقط ، من كتاب الأطعمة . عارضة الأحوذى ٧ / ٣١٠ .

كما أخرجه ابن ماجه ، فى : باب تنقية الصحفة ، من كتاب الأطعمة . سنن ابن ماجه ٢ / ١٠٨٩ . والدارمى ، فى : باب فى لعق الصحفة ، من كتاب الأطعمة . سنن الدارمى ٢ / ٩٦ .

(٤١) فى الأصل ، ا : « رواهن » .

(٤٢) فى : باب اللقمة إذا سقطت ، من كتاب الأطعمة . سنن ابن ماجه ٢ / ١٠٩١ .

كما أخرجه الترمذى ، فى : باب ما جاء فى اللقمة تسقط ، من أبواب الأطعمة ، عارضة الأحوذى ٧ / ٣٠٨ .

(٤٣) فى الأصل : « فيحمد الله » . وما هنا موافق لمصادر التخريج .

(٤٤ – ٤٤) فى الأصل : « متفق عليه » . والحديث أخرجه مسلم ، فى : باب استحباب حمد الله تعالى بعد الأكل والشرب ، من كتاب الذكر . صحيح مسلم ٤ / ٢٠٩٥ .

كما أخرجه الترمذى ، فى : باب ما جاء فى الحمد على الطعام إذا فرغ منه ، من أبواب الأطعمة . عارضة الأحوذى ٨ / ٩ . والإمام أحمد ، فى : المسند ٣ / ١٠٠ ، ١١٧ .

وعن أبى سَعيدٍ ، قال : كان النَّبىُّ ﷺ إذا أكلَ طعامًا ، قال : « الْحَمْدُ للهِ الَّذِى أَطْعَمَنا ، وَسَقَانَا ، وَجَعَلَنَا مُسْلِمِينَ » . روَاه أبو داودَ(٤٥) . وعَن أبى أُمَامَةَ ، عن النَّبىِّ ﷺ ، أنَّه كان يقولُ إذا رُفِعَ طعامُه : « الْحَمْدُ للهِ كَثِيرًا ، مُبَارَكًا فِيه ، غَيْرَ مَكْفِىٍّ ، وَلَا مُوَدَّعٍ ، وَلَا مُسْتَغْنًى عَنْهُ ، رَبَّنَا » . وعن مُعَاذِ بنِ أَنَسٍ الْجُهَنِىِّ ، عَنْ رسولِ اللهِ ﷺ قال : « مَنْ أَكَلَ طَعَامًا ، فَقَالَ : الْحَمْدُ للهِ الَّذِى أَطْعَمَنِى هَذَا وَرَزَقَنِيهِ ، مِنْ غَيْرِ حَوْلٍ مِنِّى وَلَا قُوَّةٍ ، غُفِرَ لَهُ مَا تَقَدَّمَ مِنْ ذَنْبِهِ » . رَوَاهُنَّ ابنُ مَاجه(٤٦) . ورُوِىَ أنَّ النَّبىَّ ﷺ أكلَ طعامًا ، هو وأبو بكرٍ وعمرُ ، ثم قال : « مَنْ قَالَ فِى أَوَّلِهِ : بِسْمِ اللهِ ، وَبَرَكَةِ اللهِ . وَفِى آخِرِهِ : الْحَمْدُ للهِ الَّذِى أَطْعَمَ وَأَرْوَى وَأَنْعَمَ وَأَفْضَلَ ، فَقَدْ أَدَّى شُكْرَهُ »(٤٧) . ويُسْتَحَبُّ الدُّعاءُ لصاحبِ الطَّعامِ ؛ لما روَى جابرُ بنُ عبدِ اللهِ ، قال : صَنَعَ أبو الْهَيْثَمِ للنَّبىِّ ﷺ وأصحابِه طعامًا ، فدعا النَّبىَّ ﷺ وأصحابَه ، فلما فرغَ قال : « أَثِيبُوا صَاحِبَكُمْ » . قالوا : يا رسولَ اللهِ ، وما إثابَتُهُ ؟ قال : « إِنَّ الرَّجُلَ إِذَا دُخِلَ بَيْتُهُ ، وَأُكِلَ طَعَامُهُ ، وشُرِبَ شَرَابُهُ ، فَدَعَوْا لَهُ ، فَذَلِكَ إِثَابَتُهُ » . وعن أنسٍ ، أنَّ النَّبىَّ ﷺ جاءَ إلى سعدِ بنِ عُبَادَةَ ، قال : فجاء بخُبزٍ وزَيْتٍ ، فأَكَلَ ، ثم قال النَّبىُّ ﷺ : « أَفْطَرَ عِنْدَكُمُ(٤٨) الصَّائِمُونَ ، وَأَكَلَ طَعَامَكُمُ الْأَبْرَارُ ، وَصَلَّتْ عَلَيْكُمُ

---

(٤٥) فى : باب ما يقول الرجل إذا طعم ، من كتاب الأطعمة . سنن أبى داود ٢ / ٣٢٩ .

كما أخرجه الترمذى ، فى : باب ما يقول إذا فرغ من الطعام ، من أبواب الدعوات . عارضة الأحوذى ١٣ / ١٢ .

(٤٦) تقدم تخريج الحديث الأول ، عند أبى داود ، وغيره . والثلاثة أخرجها ابن ماجه ، فى : باب ما يقال إذا فرغ من الطعام ، من كتاب الأطعمة . سنن ابن ماجه ٢ / ١٠٩٢ ، ١٠٩٣ .

كما أخرج الثانى البخارى ، فى : باب ما يقول إذا فرغ من طعامه ، من كتاب الأطعمة . صحيح البخارى ٧ / ١٠٦ . وأبو داود ، فى : باب ما يقول الرجل إذا طعم ، من كتاب الأطعمة . سنن أبى داود ٢ / ٣٢٩ . والترمذى ، فى : باب ما يقول إذا فرغ من الطعام ، من أبواب الدعاء . عارضة الأحوذى ١٣ / ١٢ . والدارمى ، فى : باب الدعاء بعد الفراغ من الطعام ، من كتاب الأطعمة . سنن الدارمى ٢ / ٩٥ .

كما أخرج الثالث أبو داود ، فى : باب أول كتاب اللباس ، من كتاب اللباس . سنن أبى داود ٢ / ٣٦٥ . والترمذى ، فى : باب ما يقول إذا فرغ من الطعام ، من أبواب الدعوات . عارضة الأحوذى ١٣ / ١٢ . والإمام أحمد ، فى : المسند ٣ / ٤٣٩ .

(٤٧) لم نجده .

(٤٨) فى ا ، ب ، م : « عندك » .

الْمَلَائِكَةُ » . رواهما أبو داود[49] .

فصل : ولا بأسَ بالجمعِ بين طَعامَيْنِ ؛ فإنَّ عبدَ اللهِ بنَ جعفرٍ قال : رأيتُ النَّبيَّ ﷺ يأكُلُ القِثَّاءَ بالرُّطَبِ . ويُكرَهُ عَيْبُ الطَّعامِ ؛ لقولِ أبى هُرَيْرَةَ : ما عابَ رسولُ اللهِ ﷺ طعامًا قطُّ ، إذا اشْتَهَى شيئًا أكلَه ، وإنْ لم يَشْتَهِهِ تَرَكَه . مُتَّفَقٌ عليهما[50] . وإذا حضرَ فصادفَ قومًا يأكلونَ ، فدعَوْه ، لم يُكرَه له الأكلُ ؛ لما قدَّمْنا من حديثِ جابرٍ ، / حين دَعَوْا رسولَ اللهِ ﷺ ، فأكلَ معهم . ولا يجوزُ أنْ يَتَحَيَّنَ وقتَ أكلِهِمْ ، فيَهْجُمَ عليهم ، ليطْعَمَ معهم ؛ لقولِ اللهِ تعالى : ﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ لَا تَدْخُلُواْ بُيُوتَ ٱلنَّبِيِّ إِلَّآ أَن يُؤْذَنَ لَكُمْ إِلَىٰ طَعَامٍ غَيْرَ نَٰظِرِينَ إِنَىٰهُ ﴾[51] . أى غيرَ مُنتظرين بلوغَ نُضْجِه . وعَن أنسٍ قال : ما أكلَ رسولُ اللهِ ﷺ على خِوَانٍ ، ولا فى سُكُرُّجَةٍ[52] . قال : فعلامَ كنتم تأكلونَ ؟ قال : على السُّفَرِ . وقال ابنُ عبَّاسٍ : لم يكُنْ رسولُ اللهِ ﷺ يَنْفُخُ فى طعامٍ ولا شَرابٍ ، ولا يَتَنَفَّسُ فى الإناءِ . وفى المُتَّفَقِ عليه من حديثِ أبى

١٤٦/٧ ظ

---

(٤٩) فى : باب ما جاء فى الدعاء لرب الطعام إذا أكل عنده ، من كتاب الأطعمة . سنن أبى داود ٢ / ٣٣٠ .

(٥٠) الأول أخرجه البخارى ، فى : باب الرطب بالقثاء ، وباب : القثاء ، وباب جمع اللونين أو الطعامين بمرة ، من كتاب الأطعمة . صحيح البخارى ٧ / ١٠٢ ، ١٠٤ . ومسلم ، فى : باب أكل القثاء بالرطب ، من كتاب الأشربة . صحيح مسلم ٣ / ١٦١٦ .

كما أخرجه أبو داود ، فى : باب فى الجمع بين لونين فى الأكل ، من كتاب الأطعمة . سنن أبى داود ٢ / ٣٢٦ . والترمذى ، فى : باب ما جاء فى أكل القثاء بالرطب ، من أبواب الأطعمة . عارضة الأحوذى ٨ / ٣٥ . وابن ماجه ، فى : باب القثاء والرطب يجمعان ، من كتاب الأطعمة . سنن ابن ماجه ٢ / ١١٠٤ . والدارمى ، فى : باب من لم ير بأسا أن يجمع بين الشيئين ، من كتاب الأطعمة . سنن الدارمى ٢ / ١٠٣ . والإمام أحمد ، فى : المسند ١ / ٢٠٣ ، ٢٠٤ .

والثانى أخرجه البخارى ، فى : باب ما عاب النبى ﷺ طعاما ، من كتاب الأطعمة . صحيح البخارى ٧ / ٩٦ . ومسلم ، فى : باب لا يعيب الطعام ، من كتاب الأشربة . صحيح مسلم ٣ / ١٦٣٢ ، ١٦٣٣ .

كما أخرجه أبو داود ، فى : باب فى كراهية ذم الطعام ، من كتاب الأطعمة . سنن أبى داود ٢ / ٣١١ . والترمذى ، فى : باب ما جاء فى ترك العيب للنعمة ، من أبواب البر . عارضة الأحوذى ٨ / ١٨٥ .

(٥١) سورة الأحزاب ٥٣ .

(٥٢) السكرجة : الصحفة التى يوضع فيها الأكل .

قتادةَ[٥٣] : « لَا[٥٤] يَتَنَفَّسْ أَحَدُكُمْ فِي الْإِنَاءِ » . وعن ابنِ عمرَ قال : قالَ رسولُ اللهِ ﷺ : « إِذَا وُضِعَتِ الْمَائِدَةُ ، فَلَا يَقُومُ رَجُلٌ حَتَّى تُرْفَعَ الْمَائِدَةُ ، وَلَا يَرْفَعُ يَدَهُ وَإِنْ شَبِعَ حَتَّى يَفْرُغَ الْقَوْمُ ، وَلْيُعْذِرْ ؛ فَإِنَّ الرَّجُلَ يُخْجِلُ جَلِيسَهُ فَيَقْبِضُ يَدَهُ ، وَعَسَى أَنْ يَكُونَ لَهُ فِي الطَّعَامِ حَاجَةٌ » . رَوَاهُنَّ كُلَّهنَّ ابنُ مَاجه[٥٥] .

فصل : قال محمدُ بنُ يحيى : قلتُ لأبى عبدِ اللهِ : الإناءُ يُؤكَلُ فِيه ، ثم تُغْسَلُ فيه اليَدُ ؟ قال : لا بأسَ . وقيلَ لأبى عبدِ اللهِ : ما تقولُ فى غَسْلِ اليدِ بالنُّخالةِ ؟ فقال : لا

---

(٥٣) أخرجه البخارى ، فى : باب النهى عن الاستنجاء باليمين ، من كتاب الوضوء ، وفى : باب التنفس فى الإناء ، من كتاب الأشربة . صحيح البخارى ١ / ٥٠ ، ٧ / ١٤٦ . ومسلم ، فى : باب النهى عن الاستنجاء باليمين ، من كتاب الطهارة . صحيح مسلم ١ / ٢٢٥ .

كما أخرجه الترمذى ، فى : باب ما جاء فى كراهية التنفس فى الإناء ، من أبواب الأشربة . عارضة الأحوذى ٨ / ٨١ . والنسائى ، فى : باب النهى عن الاستنجاء باليمين ، من كتاب الطهارة . المجتبى ١ / ٣٩ ، ٤٠ . والإمام أحمد ، فى : المسند ٤ / ٣٨٣ ، ٥ / ٢٩٦ ، ٣٠٩ ، ٣١٠ ، ٣١١ .

(٥٤) فى ا ، ب ، م : « ولا » .

(٥٥) الأول أخرجه فى : باب الأكل على الخوان والسفرة ، من كتاب الأطعمة ، سنن ابن ماجه ٢ / ١٠٩٥ .

كما أخرجه البخارى ، فى : باب الخبز المرقق والأكل على الخوان والسفرة ، وباب ما كان النبى ﷺ وأصحابه يأكلون ، من كتاب الأطعمة ، وفى : باب فضل الفقر ، من كتاب الرقاق . صحيح البخارى ٧ / ٩١ ، ٩٧ ، ٨ / ١١٩ . والترمذى ، فى : باب ما جاء علام كان يأكل رسول الله ﷺ ، من كتاب الأطعمة ، وفى : باب ما جاء فى معيشة النبى ﷺ وأهله ، من أبواب الزهد . عارضة الأحوذى ٧ / ٢٨٢ ، ٩ / ٢١٦ . والإمام أحمد ، فى : المسند ٣ / ١٣٠ .

والثانى أخرجه فى : باب النفخ فى الطعام ، من كتاب الأطعمة ، وفى : باب النفخ فى الشراب ، من كتاب الأشربة . سنن ابن ماجه ٢ / ١٠٩٤ ، ١١٣٤ .

كما أخرجه أبو داود ، فى : باب فى النفخ فى الشراب والتنفس فيه ، من كتاب الأشربة . سنن أبى داود ٢ / ٣٠٣ . والترمذى ، فى : باب ما جاء فى كراهية النفخ فى الشراب ، من أبواب الأشربة . عارضة الأحوذى ٨ / ٨٠ . والإمام أحمد ، فى : المسند ١ / ٣٠٩ ، ٣٥٧ .

والثالث أخرجه فى : باب النهى أن يقام عن الطعام حتى يرفع ... ، من كتاب الأطعمة . سنن ابن ماجه ٢ / ١٠٩٦ .

بأسَ به ، نحنُ نفعلُه . واستدلَّ الْخَطَّابِىُّ[٥٦] على جوازِ ذلك ، بما رَوَى أبو داودَ[٥٧] ، بإسنادِه عن رسولِ اللهِ ﷺ ، أنَّه أمرَ امرأةً أنْ تجعلَ مع الماءِ مِلْحًا ، ثم تَغْسِلَ به الدَّمَ [٥٨]عن حَقِيبَتِه[٥٨] . والملحُ طعامٌ ، ففى مَعْناه ما أشْبَهَه . واللهُ أعلمُ .

---

(٥٦) معالم السنن ١ / ٩٦ .

(٥٧) تقدم تخريجه فى : ١ / ٨١ .

(٥٨ – ٥٨) فى ب ، م : « من حيضة » . وهو يعنى هنا حقيبة رحله التى أصابها الدم .

كتابُ عِشْرةِ النِّساءِ والخُلْعِ

قالَ اللهُ تعالى : ﴿ وَعَاشِرُوهُنَّ بِٱلْمَعْرُوفِ ﴾[1] . وقال تعالى : ﴿ وَلَهُنَّ مِثْلُ ٱلَّذِى عَلَيْهِنَّ بِٱلْمَعْرُوفِ ﴾[2] . وقال أبو زيد : يتَّقُونَ اللهَ فِيهِنَّ ، كما عليهِنَّ أنْ يتقينَ اللهَ فيهم . وقال ابنُ عبَّاسٍ : إنِّى لأُحِبُّ أنْ أتزيَّنَ للمرأةِ ، كما أُحبُّ أنْ تتزيَّنَ[3] لى ؛ لأنَّ اللهَ تعالى يقول : ﴿ وَلَهُنَّ مِثْلُ ٱلَّذِى عَلَيْهِنَّ بِٱلْمَعْرُوفِ ﴾ . وقال الضَّحَّاكُ فى تفسيرِها : إذا أطعْنَ اللهَ ، وأطعنَ أزواجَهُنَّ ، فعليْه أنْ يُحسِنَ صُحْبَتَهَا ، ويكُفَّ عنها أذاه ، ويُنْفِقَ عليها من سَعَتِهِ . وقال بعضُ أهلِ العلمِ : التَّماثُلُ هـٰهُنا فى تأْدِيَةِ كلِّ واحدٍ منهما ما عليه مِن الحقِّ لصاحبِه بالمعروفِ ، ولا يَمْطُلُه به ، ولا يُظهِرُ الكَراهةَ ، بل بِبِشْرٍ وطَلَاقةٍ ، ولا يُتبِعُه أذًى ولا مِنَّةً ؛ لقولِ اللهِ تعالى : ﴿ وَعَاشِرُوهُنَّ بِٱلْمَعْرُوفِ ﴾ . وهـذا مِنَ المعروفِ . ويُستَحبُّ لكلِّ واحدٍ منهما تحسِينُ الخُلُقِ مع صاحبِه، والرِّفقُ / به، واحتمالُ أذاه ؛ لقولِ اللهِ تعالى : ﴿ وَبِٱلْوَٰلِدَيْنِ إِحْسَـٰنًا وَبِذِى ٱلْقُرْبَىٰ ﴾ إلى قولِه : ﴿ وَٱلصَّاحِبِ بِٱلْجَنبِ ﴾[4] قيل : هو كلُّ واحدٍ مِنَ الزَّوجيْنِ . وقال النَّبىُّ ﷺ : « اسْتَوْصُوا بِالنِّسَاءِ خَيْرًا ، فَإِنَّهُنَّ عَوانٍ[5] عِنْدَكُمْ ، أَخَذْتُمُوهُنَّ بِأَمَانَةِ اللهِ ، واسْتَحْلَلْتُمْ فُرُوجَهُنَّ بِكَلِمَةِ اللهِ » . رواه مسلمٌ[6] . وقال النَّبىُّ ﷺ : « إنَّ الْمَرْأَةَ خُلِقَتْ مِنْ ضِلَعٍ أَعْوَجَ ، لَنْ تَسْتَقِيمَ عَلَى طَرِيقَةٍ ، فَإِنْ ذَهَبْتَ تُقِيمُهَا كَسَرْتَهَا ، وَإِنْ

١٤٧/٧ و

---

(١) سورة النساء ١٩ .

(٢) سورة البقرة ٢٢٨ .

(٣) فى ب ، م : « تزين » .

(٤) سورة النساء ٣٦ .

(٥) عوان : أسرى ، أو كالأسرى .

(٦) تقدم تخريجه من حديث جابر الطويل ، فى : ٥ / ١٥٦ .

اسْتَمْتَعْتَ بِهَا اسْتَمْتَعْتَ بِهَا وَفِيهَا عِوَجٌ » . مُتَّفَقٌ عليه[٧] . وقال : « خِيَارُكُمْ خِيَارُكُمْ لِنِسَائِهِمْ » . رَواه ابنُ مَاجَه[٨] . وحقُّ الزَّوْجِ عليها أَعْظَمُ مِن حقِّها عليه ؛ لقولِ اللهِ تعالى : ﴿ وَلِلرِّجَالِ عَلَيْهِنَّ دَرَجَةٌ ﴾[٩] . وقال النَّبِيُّ ﷺ : « لَوْ كُنْتُ آمِرًا أَحَدًا أَنْ يَسْجُدَ لِأَحَدٍ ، لأَمَرْتُ النِّسَاءَ أَنْ يَسْجُدْنَ لِأَزْوَاجِهِنَّ ؛ لِمَا جَعَلَ اللهُ لَهُمْ عَلَيْهِنَّ مِنَ الْحَقِّ » . رَواه أبو داودَ[١٠] . وقال : « إِذَا بَاتَتِ الْمَرْأَةُ مُهَاجِرَةً[١١] فِرَاشَ زَوْجِهَا ، لَعَنَتْهَا الْمَلَائِكَةُ حَتَّى تَرْجِعَ » . مُتَّفَقٌ عليه[١٢] . وقال لامْرَأَةٍ : « أَذَاتُ زَوْجٍ أَنْتِ ؟ » . قالت : نعم ، قال : « فَإِنَّه جَنَّتُكِ ونَارُكِ »[١٣] . وقال : « لَا يَحِلُّ لِامْرَأَةٍ أَنْ تَصُومَ وَزَوْجُهَا شَاهِدٌ إِلَّا بِإِذْنِهِ ، وَلَا تَأْذَنَ فِي بَيْتِهِ إِلَّا بِإِذْنِهِ ، وَمَا أَنْفَقَتْ مِنْ نَفَقَةٍ مِنْ غَيْرِ إِذْنِهِ فَإِنَّهُ يُرَدُّ إِلَيْهِ شَطْرُهُ » . رَواه الْبُخاريُّ[١٤] .

---

(٧) أخرجه البخارى ، فى : باب قول الله تعالى : ﴿ وإذ قال ربك للملائكة إنى جاعل فى الأرض خليفة ﴾ ، من كتاب الأنبياء ، وفى : باب الوصاة بالنساء ، من كتاب النكاح . صحيح البخارى ٤ / ١٦١ ، ٧ / ٣٤ . ومسلم ، فى : باب الوصية بالنساء ، من كتاب الرضاع . صحيح مسلم ٢ / ١٠٩٠ ، ١٠٩١ .

كما أخرجه الدارمى ، فى : باب مداراة الرجل أهله ، من كتاب النكاح . سنن الدارمى ٢ / ١٤٨ . والإمام أحمد ، فى : المسند ٢ / ٤٢٨ ، ٤٤٩ ، ٤٩٧ ، ٥٣٠ .

(٨) فى : باب حسن معاشرة النساء ، من كتاب النكاح . سنن ابن ماجه ١ / ٦٣٦ .

كما أخرجه الترمذى ، فى : باب ما جاء فى حق المرأة على زوجها ، من أبواب الرضاع . عارضة الأحوذى ٥ / ١١٠ . والإمام أحمد ، فى : المسند ٢ / ٢٥٠ ، ٤٧٢ .

(٩) سورة البقرة ٢٢٨ .

(١٠) فى : باب فى حق الزوج على المرأة ، من كتاب النكاح . سنن أبى داود ١ / ٤٩٤ .

(١١) فى ب ، م : « هاجرة » . وهو لفظ مسلم .

(١٢) أخرجه البخارى ، فى : باب إذا باتت المرأة مهاجرة فراش زوجها ، من كتاب النكاح . صحيح البخارى ٧ / ٣٩ . ومسلم ، فى : باب تحريم امتناعها من فراش زوجها ، من كتاب النكاح . صحيح مسلم ٢ / ١٠٥٩ ، ١٠٦٠ .

كما أخرجه الدارمى ، فى : باب فى حق الزوج على المرأة ، من كتاب النكاح . سنن الدارمى ٢ / ١٥٠ . والإمام أحمد ، فى : المسند ٢ / ٢٥٥ ، ٣٤٨ ، ٣٨٦ ، ٤٦٨ ، ٥١٩ ، ٥٣٨ .

(١٣) أخرجه الإمام أحمد ، فى : المسند ٦ / ٤١٩ .

(١٤) فى : باب لا تأذن المرأة فى بيت زوجها لأحد إلا بإذنه ، من كتاب النكاح . صحيح البخارى ٧ / ٣٩ . =

فصل : إذا تزوَّجَ امرأةً ، مثلُها يُوطأُ ، فطلَبَ تسْليمَها إليه ، وجبَ ذلك . وإنْ عرضَتْ نفسَها عليه ، لَزِمَه تَسلُّمها ، ووجَبتْ نفقتُها . وإنْ طلبَها ، فسألَتِ الإنظارَ ، أُنْظِرَتْ مدّةً جرَتِ العادةُ أنْ تُصلِحَ أمرَها فيها ، كاليومَيْنِ والثلاثةِ ؛ لأنَّ ذلك يَسِيرٌ جرَتِ العادةُ بمثلِه ، وقد قال النَّبِيُّ ﷺ : « لَا تَطْرُقُوا النِّسَاءَ لَيْلًا ، حَتَّى تَمْتَشِطَ الشَّعِثَةُ ، وَتَسْتَحِدَّ الْمُغِيبَةُ »[١٥] . فمنَعَ مِنَ الطُّرُوقِ ، وأمَرَ بإمْهالِها لتُصلِحَ أمرَها ؛ مع تقدُّمِ صُحْبتِه لها ، فههُنَا أولى . ثمَّ إنْ كانت حُرَّةً ، وجبَ تسْليمُها ليلًا ونهارًا ، وله السَّفَرُ بها ؛ لأنَّ النَّبِيَّ ﷺ كان يُسافِرُ بنسائِه[١٦] ، إلَّا أنْ يكونَ سَفرًا مَخُوفًا ، فلا يلزمُها ذلك ؛ وإنْ كانت أمَةً ، لم يَلْزَمْ تسليمُها إلَّا باللَّيلِ ؛ لأنَّها مملوكةٌ عُقِدَ على أحَدِ[١٧] مَنْفعتِها ، فلم يَلزمْ تسليمُها في غيرِ وقتِها ، كما لو أجرَها لخِدْمةِ النَّهار ، لم يَلْزَمْ تسليمُها باللَّيلِ . ويجوزُ للمولى بيعُها ؛ لأنَّ النَّبِيَّ ﷺ أذِنَ لعائشةَ في شراءِ بَرِيرَةَ ، وهي ذاتُ زوجٍ[١٨] . ولا ينفسخُ النِّكاحُ بذلك ، بدليلِ أنَّ بيعَ / بَرِيرَةَ لم يُبطِلْ نكاحَها . ١٤٧/٧ظ

فصل : وللزَّوجِ إجبارُ زَوْجتِه على الغُسْلِ مِنَ الحَيْضِ والنِّفاسِ ، مُسْلِمةً كانتْ أو ذِمِّيَّةً ، حرَّةً كانت أو مملوكةً ؛ لأنَّه يَمْنَعُ الاستِمْتاعَ الذي هو حقٌّ له ، فمَلَكَ إجبارَها

= كما أخرجه مسلم ، في : باب ما أنفق العبد من مال مولاه ، من كتاب الزكاة . صحيح مسلم ٢ / ٧١١ . وأبو داود ، في : باب المرأة تصوم بغير إذن زوجها ، من كتاب الصوم . سنن أبي داود ١ / ٥٧٢ . والترمذي ، في : باب ما جاء في كراهية صوم المرأة إلا بإذن زوجها ، من أبواب الصوم . عارضة الأحوذي ٣ / ٣٠٩ . وابن ماجه ، في : باب في المرأة تصوم بغير إذن زوجها ، من كتاب الصيام . سنن ابن ماجه ١ / ٥٦٠ . والدارمي ، في : باب النهي عن صوم المرأة تطوعًا ... ، من كتاب الصوم . سنن الدارمي ٢ / ١٢ .

(١٥) أخرجه البخاري ، في : تستحد المغيبة وتمشط ، من كتاب النكاح . صحيح البخاري ٧ / ٥١ . ومسلم ، في : باب كراهة الطروق وهو الدخول ليلا ... ، من كتاب الإمارة . صحيح مسلم ٣ / ١٥٢٧ . وأبو داود ، في : باب في الطروق ، من كتاب الجهاد . سنن أبي داود ٢ / ٨٢ . والدارمي ، في : باب في تزويج الأبكار ، من كتاب النكاح . سنن الدارمي ٢ / ١٤٦ . والإمام أحمد ، في : المسند ٢ / ١٠٤ ، ٣ / ٢٩٨ ، ٣٠٣ ، ٣٥٥ .

(١٦) انظر ما تقدم في : ٩ / ٤٣٠ .

(١٧) في ب ، م : « إحدى » .

(١٨) تقدم تخريج حديث بريرة ، في : ٦ / ٤٤ .

على إزالةِ ما يَمْنَعُ حَقَّه . وإنْ احتاجتْ إلى شراءِ الماءِ فثمنُه عليه ؛ لأنَّه لحقِّه[19] . وله إجْبارُ المُسْلِمةِ البالغةِ على الغُسْلِ من الجَنَابةِ ؛ لأنَّ الصَّلاةَ واجبةٌ عليها ، ولا تتمَكَّنُ منها إلَّا بالغُسْلِ . فأمَّا الذِّمِّيَّةُ ، ففيها رِوَايتانِ ؛ إحداهما ، له إجبارُها عليه ؛ لأنَّ كَمالَ الاسْتِمْتاعِ يقِفُ عليه ، فإنَّ النَّفْسَ تَعافُ مَن لا يَغْتَسِلُ مِنْ جنابةٍ . والثانية ، ليسَ له إجبارُها عليه . وهو قولُ[20] مالكٍ والثَّوْرِيِّ ؛ لأنَّ الوطءَ لا يقفُ عليه ، فإنَّه مُباحٌ بدونه ؛ وللشَّافعيِّ قَوْلانِ كالرِّوايتيْنِ . وفى إزالةِ الوَسَخِ والدَّرَنِ وتَقْليمِ الأظْفَارِ وَجْهانِ ؛ بناءً على الرِّوايتيْنِ فى غُسْلِ الجَنَابةِ . وتسْتَوِى فى هذا[21] المُسْلِمَةُ والذِّمِّيَّةُ ، لاسْتوائِهما فى حُصُولِ النُّفْرَةِ مِمَّنْ ذلك حالُها . وله إجبارُها على إزالةِ شَعْرِ العَانَةِ ، إذا خَرجَ عن العادَةِ ، روايةً واحدةً . ذكَرَه القاضى . وكذلك الأظفارُ . وإنْ طالا قليلًا ، بحيثُ تَعافُه النَّفْسُ ، ففيه وَجْهانِ . وهل له منعُها مِن أكلِ مالَه رائحةٌ كريهةٌ ، كالبصلِ والثُّومِ والكُرَّاثِ ؟ على وَجْهيْنِ ؛ أحدهما ، له منعُها مِن ذلك ؛ لأنَّه يمنعُ القُبْلَةَ ، وكَمالَ الاسْتِمْتاعِ . والثانى ، ليس له منعُها منه ؛ لأنَّه لا يمنعُ الوَطءَ . وله منعُها مِنَ السُّكْرِ وإنْ كانت ذِمِّيَّةً ؛ لأنَّه يمنعُ الاسْتِمْتاعَ بها ، [22]فإنَّه يُزيلُ عَقْلَها ، ويجعلُها كالزِّقِّ المنفوخِ ، ولا يأمنُ أنْ تجْنِىَ عليه[22] . وإنْ أرادت شُرْبَ ما[23] يُسْكِرُها ، فله مَنْعُ المُسْلمةِ ؛ لأنَّهما يعْتقِدانِ تحْريمَه ، وإنْ كانت ذِمِّيَّةً لم يكُنْ له مَنْعُها منه . نصَّ عليه أحمدُ ؛ لأنَّها تعْتقِدُ إباحتَه فى دينِها . وله إجبارُها على غَسْلِ فَمِها منه ، ومِن سائرِ النَّجاساتِ ؛ ليتمَكَّنَ مِن الاسْتِمْتاعِ بِفِيها . ويتخرَّجُ أنْ يَملِكَ مَنْعَها منه ؛ لما فيه من الرائحةِ الكَريهةِ ، فهو[24] كالثُّومِ . وهكذا الحُكْمُ لو تزوَّجَ مسلمةً تعْتقِدُ إباحةَ يَسِيرِ النَّبيذِ ، هل له منعُها منه ؟

---

(١٩) فى ا : « حقه » .

(٢٠) سقط من : ب ، م .

(٢١) فى ب ، م : « هذه » .

(٢٢ – ٢٢) سقط من : الأصل .

(٢٣) فى الأصل زيادة : « لا » .

(٢٤) فى ب ، م : « وهو » .

على وَجْهيْنِ . ومذهبُ الشَّافعيِّ على نحوٍ مِن هذا الفصلِ كلِّه .

فصل : وللزَّوجِ منعُها مِنَ الخُرُوجِ مِن منزِله إلى مالَها منه بُدٌّ ، سواءٌ أرادتْ زيارةَ والِدَيْها ، أو عيادتَهُمَا ، أو حضورَ جنازةِ أحدِهِمَا . قال أحمدُ ، فى امرأةٍ لها زوجٌ وأمٌّ مريضةٌ : طاعةُ زَوْجِها أوْجَبُ عليها مِن أُمِّها ، إلَّا أنْ يأْذنَ لها . وقد رَوَى ابنُ بطَّةَ ، فى « أحكامِ ، / النِّساءِ » ، عن أنسٍ ، أنَّ رجلًا سافرَ ومنعَ زوجتَه مِنَ الخروجِ ، فمَرِضَ أبوها ، فاسْتأْذَنتْ رسولَ اللهِ ﷺ فى عيادةِ أبيها ، فقال لها رسولُ اللهِ ﷺ : « اتَّقِى اللهَ ، ولا تُخَالِفِى زَوْجَكِ » . فمات أبوها ، فاسْتأْذَنتْ رسولَ اللهِ ﷺ فى حُضُورِ جنازَتِه ، فقال لها : « اتَّقِى اللهَ ، ولا تُخَالِفِى زَوْجَكِ » . فأَوْحَى اللهُ إلى النَّبىِّ ﷺ : « إنِّى قَدْ غَفَرْتُ لَهَا بِطَاعَةِ زَوْجِهَا »[٢٥] . ولأنَّ طاعةَ الزَّوْجِ واجِبةٌ ، والعيادةَ غيرُ واجبةٍ ، فلا يجوزُ تركُ الواجبِ لما ليسَ بواجبٍ ؛ ولا يجوزُ لها الخروجُ إلا بإذْنِه ، ولكنْ لا ينْبَغى للزَّوْجِ منعُها من عيادةِ والِدَيْها ، وزيارتِهما ؛ لأنَّ فى ذلك قَطِيعةً لهما ، وحَمْلًا لزَوْجته على مُخالفتِه ، وقد أمرَ اللهُ تعالى بالمُعاشَرةِ بالمعروفِ ، وليس هذا من المُعاشَرةِ بالمعروفِ . وإنْ كانت زوجتُه ذِمِّيَّةً ، فلَه منعُها مِنَ الخُروجِ إلى الكَنِيسةِ ؛ لأنَّ ذلك ليس بطاعةٍ ، ولا نَفْعٍ . وإنْ كانت مُسْلِمةً ، فقال القاضى : له منعُها من الخُروجِ إلى المساجِدِ . وهو مذهبُ الشَّافعىِّ . وظاهرُ الحديثِ يمنعُه مِنْ منعِها ؛ لقولِ النَّبىِّ ﷺ : « لَا تَمْنَعُوا إمَاءَ اللهِ مَسَاجِدَ اللهِ »[٢٦] . ورُوِىَ أنَّ الزُّبَيْرَ تزوَّجَ عاتِكَةَ بنتَ زيدِ بنِ عمرِو ابنِ نُفَيلٍ، فكانت تخرجُ إلى المساجِدِ ، وكان غَيُورًا ، فيقولُ لها : لو صَلَّيْتِ فى بيتِك . فتقولُ : لا أزالُ أخْرُجُ أو تَمْنعُنى . فكَرِهَ مَنْعَها لهذا الخبرِ . وقال أحمدُ فى الرَّجُلِ تكونُ له المرأةُ أو الأَمَةُ النَّصْرَانِيَّةُ يشترى لها زُنَّارًا ؟ قال : لا بل تخرجُ هى تشترى لنفسِها . فقيل له : جاريتُه تعملُ الزَّنانِيرَ ؟ قال : لا .

١٤٨/٧و

---

(٢٥) ذكر الألبانى ، أنه عند الطبرانى فى الأوسط . إرواء الغليل ٦ / ٧٦ .

(٢٦) تقدم تخريجه فى : ٣ / ٣٨ ، ٣٩ .

فصل : وليس على المرأةِ خدمةُ زوجِها ، فى[٢٧] العَجْنِ ، والخَبْزِ ، والطَّبْخِ ، وأشباهِه . نصَّ عليه أحمدُ . وقال أبو بكرِ بنُ أبى شيبةَ ، وأبو إسحاقَ الجُوزجَانىُّ : عليها ذلك . واحتجَّا[٢٨] بقصةِ علىٍّ وفاطمةَ ؛ فإنَّ النَّبىَّ ﷺ قَضَى على ابنتِه فاطمةَ بخِدْمةِ البيتِ ، وعَلَى علىٍّ ما كان خَارجًا مِنَ البيتِ مِن[٢٩] عَمَلٍ . رَواه الجُوزَجَانىُّ مِن طُرُقٍ[٣٠] . قال الجُوزجَانىُّ : وقد قال النَّبىُّ ﷺ : « لَوْ كُنْتُ آمِرًا أَحَدًا أَنْ يَسْجُدَ لِأَحَدٍ ، لأَمَرْتُ الْمَرْأَةَ أَنْ تَسْجُدَ لِزَوْجِهَا ، وَلَوْ أَنَّ رَجُلًا أَمَرَ امْرَأَتَهُ أَنْ تَنْقُلَ مِنْ جَبَلٍ أَسْوَدَ إِلَى جَبَلٍ أَحْمَرَ ، أَوْ مِنْ جَبَلٍ أَحْمَرَ إِلَى جَبَلٍ أَسْوَدَ ، كَانَ نَوْلُها[٣١] أَنْ تَفْعَلَ » . ورَواه بإسْنادِه[٣٢] . قال : فهذه طاعتُه فيما لا منفعةَ فيه ، فكيف بمُؤْنَةِ معاشِه ؟ /وقد كان النَّبىُّ ﷺ يأْمرُ نساءَه بخِدْمتِه . فقال : « يَا عَائِشَةُ اسْقِينَا ، يَا عَائِشَةُ أَطْعِمِينَا ، يَا عَائِشَةُ هَلُمِّى الشَّفْرَةَ ، واشْحَذِيهَا بِحَجَرٍ »[٣٣] . وقد رُوِىَ أنَّ فاطمةَ أتتْ رسولَ اللهِ ﷺ تشْكُو إليه ما تلْقَى مِنَ الرَّحَى ، وسألَتْه خادمًا يكْفِيها ذلك[٣٤] . ولَنا ، أنَّ المعقودَ عليه

١٤٨/٧ ظ

---

(٢٧) فى ا ، ب ، م : « من » .

(٢٨) فى الأصل ، ب ، م : « واحتج » .

(٢٩) سقط من : ا ، ب ، م .

(٣٠) وأخرجه أبو نعيم فى الحلية ٦ / ١٠٤ . عن ضمرة بن حبيب .

(٣١) فى ب ، م : « عليها » . ونولها : حقها والواجب عليها .

(٣٢) وأخرجه ابن ماجه ، فى : باب حق الزوج على المرأة ، من كتاب النكاح . سنن ابن ماجه ١ / ٥٩٥ . والإمام أحمد ، فى : المسند ٤ / ٣٨١ ، ٥ / ٢٢٨ ، ٦ / ٧٦ .

(٣٣) لفظ : « ياعائشة أطعمينا ... ياعائشة اسقينا » . أخرجه الإمام أحمد ، فى : المسند ٥ / ٤٢٦ . ولفظ : « هلمى المدية ، واشحذيها بحجر » . أخرجه مسلم ، فى : باب استحباب الضحية وذبحها ... ، من كتاب الأضاحى . صحيح مسلم ٣ / ١٥٥٧ .

(٣٤) أخرجه البخارى ، فى : باب الدليل على أن الخمس لنوائب رسول الله ﷺ ... ، من كتاب الخمس ، وفى : باب مناقب على بن أبى طالب ... ، من كتاب فضائل الصحابة ، وفى : باب عمل المرأة فى بيت زوجها ، من كتاب النفقات ، وفى : باب التكبير والتسبيح عند المنام ، من كتاب الدعوات . صحيح البخارى ٤ / ١٠٢ ، ٥ / ٢٤ ، ٧ / ٨٤ ، ٨ /٨٧ . وأبو داود ، فى : باب فى التسبيح عند النوم ، من كتاب الأدب . سنن أبى داود ٢ / ٦٠٩ ، ٦١٠ . والإمام أحمد ، فى : المسند ١ / ١٣٦ ، ١٥٣ .

مِن جهَتِها الاستِمْتاعُ ، فلا يَلْزَمُها غيرُه ، كسَقْيِ دوابِّه ، وحَصادِ زَرْعِه . فأمَّا قَسْمُ النَّبيِّ ﷺ بينَ عليٍّ وفاطمةَ ، فعَلى ما تليقُ به[٣٥] الأخلاقُ المَرْضِيَّةُ ، ومَجْرَى العادةِ ، لا على سبيلِ الإيجابِ ، كما قد رُوِىَ عن أسماءَ بنتِ أبى بكرٍ ، أنَّها كانت تقومُ بفَرَسِ الزُّبَيرِ ، وتلْتَقِطُ له النَّوَى ، وتحْمِلُه على رأسِها[٣٦] . ولم يكُنْ ذلك واجبًا عليها ، ولهذا لا يجبُ على الزَّوجِ القيامُ بمصالحَ خارجَ البيتِ ، ولا الزِّيادةُ على ما يجبُ لها من النَّفقةِ والكُسْوةِ ، ولَكِنِ الأَوْلَى لها فعلُ ما جَرتِ العادةُ بقيامِها بِه ؛ لأنَّه العادةُ ، ولا تصلُحُ الحالُ إلَّا بِه ، ولا تنْتَظِمُ المعيشةُ بدُونِه .

فصل : ولا يَحلُّ وطءُ الزَّوجةِ فى الدُّبُرِ ، فى قولِ أكثرِ أهلِ العلمِ ؛ منهم عليٌّ ، وعبدُ اللهِ ، وأبو الدَّرْداءِ ، وابنُ عبَّاسٍ ، وعبدُ اللهِ بنُ عمرٍو ، وأبو هُرَيْرةَ . وبه قال سعيدُ بنُ المسيَّبِ ، وأبو بكرِ بنُ عبدِ الرَّحمٰنِ ، ومُجاهِدٌ ، وعِكرِمَةُ ، والشَّافعيُّ ، وأصحابُ الرَّأى ، وابنُ المنذرِ . ورُوِيَتْ إباحتُه عن ابنِ عمرَ ، وزيدِ بنِ أسْلَمَ ، ونافعٍ ، ومالكٍ . ورُوِىَ عن مالكٍ أنَّه قال : ما أدركتُ أحدًا أقْتَدِى به فى دِينى يشُكُّ فى أنَّه حلالٌ . وأهلُ العراقِ مِن أصحابِ مالكٍ يُنْكِرونَ ذلك . واحتجَّ مَن أحلَّه بقولِ اللهِ تعالى : ﴿ نِسَآؤُكُمْ حَرْثٌ لَّكُمْ فَأْتُواْ حَرْثَكُمْ أَنَّىٰ شِئْتُمْ ﴾[٣٧] . وقولِه سبحانه : ﴿ وَٱلَّذِينَ هُمْ لِفُرُوجِهِمْ حَٰفِظُونَ ۝ إِلَّا عَلَىٰٓ أَزْوَٰجِهِمْ أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَٰنُهُمْ ﴾[٣٨] . ولَنا ، ما رُوِىَ أنَّ رسولَ اللهِ ﷺ قال : « إِنَّ اللهَ لَا يَسْتَحْيِى مِنَ الحَقِّ ، لَا تَأْتُوا النِّسَاءَ مِنْ أَعْجَازِهِنَّ »[٣٩] . وعن أبى هُرَيْرةَ ، وابنِ عبَّاسٍ ، عن النَّبىِّ ﷺ ، قال : « لَا يَنْظُرُ اللهُ إِلَى رَجُلٍ جَامَعَ امْرَأَةً فِى دُبُرِهَا » . رواهما ابنُ مَاجه[٣٩] . وعن ابنِ مسعودٍ ، عَن النَّبىِّ ﷺ

---

(٣٥) سقط من : الأصل .

(٣٦) أخرجه البخارى ، فى : باب الغيرة ، من كتاب النكاح . صحيح البخارى ٧ / ٤٥ ، ٤٦ . ومسلم ، فى : باب جواز إرداف المرأة الأجنبية إذا أعيت فى الطريق ، من كتاب السلام . صحيح مسلم ٤ / ١٧٠٦ ، ١٧١٧ .
كما أخرجه الإمام أحمد ، فى : المسند ٦ / ٣٤٧ .

(٣٧) سورة البقرة ٢٢٣ .

(٣٨) سورة المؤمنون ٥ ، ٦ .

(٣٩) الأول فى : باب النهى عن إتيان النساء فى أدبارهن ، من كتاب النكاح . سنن ابن ماجه ١ / ٦١٩ . =

قال : « مَحَاشُّ[٤٠] النِّسَاءِ حَرَامٌ عَلَيْكُمْ »[٤١] . وعن أبى هُرَيْرَةَ ، عَنِ النَّبِىِّ ﷺ قال : «مَنْ أَتَى[٤٢] حَائِضًا أَوِ امْرَأَةً فِى دُبُرِهَا ، أَوْ كَاهِنًا فَصدَّقَهُ بِمَا يَقُولُ ، فَقَدْ كَفَرَ بِمَا أُنْزِلَ عَلَى مُحَمَّدٍ »[٤٣] . رواهُنَّ كلُّهُنَّ الأثرمُ . فأمَّا الآيةُ ، فروى جابرٌ قال : كان اليهودُ / يقولون : إذا جامعَ الرَّجُلُ امرأتَه فى فَرْجِها مِن وَرَائِها ، جاءَ الولدُ أحولَ . فأنْزَلَ اللهُ ﴿ نِسَآؤُكُمْ حَرْثٌ لَّكُمْ فَأْتُواْ حَرْثَكُمْ أَنَّىٰ شِئْتُمْ ﴾ . مِن بينِ يدَيْها ، ومِن خلفِها ، غيرَ أنْ لا يأْتِيَها إلَّا فى المَأْتَى . مُتَّفَقٌ عليه[٤٤] . وفى روايةٍ : ائْتِهَا مُقْبِلَةً ومُدْبِرَةً ، إذا كَانَ ذَلِكَ فِى الْفَرْجِ . والآيةُ الأُخرَى المرادُ بها ذلك .

١٤٩/٧ و

= كما أخرجه الترمذى ، فى : باب ما جاء فى كراهية إتيان النساء فى أدبارهن ، من أبواب الرضاع . عارضة الأحوذى ٥ / ١١٢ . والدارمى ، فى : باب من أتى امرأته فى دبرها ، من كتاب الوضوء ، وفى : باب النهى عن إتيان النساء فى أعجازهن ، من كتاب النكاح . سنن الدارمى ١ / ٢٦١ ، ٢ / ١٤٥ . والإمام أحمد ، فى : المسند ١ / ٨٦ ، ٥ / ٢١٣ .

والثانى فى الباب نفسه عن أبى هريرة .

كما أخرجه الترمذى ، فى : باب ما جاء فى كراهية إتيان النساء فى أدبارهن ، من أبواب الرضاع . عارضة الأحوذى ٥ / ١١٢ . عن ابن عباس . وأخرجه الإمام أحمد ، فى : المسند ٢ / ٣٤٤ عن أبى هريرة .

(٤٠) المحشّ : مجتمع العذرة .

(٤١) أخرجه الدارمى موقوفا على ابن مسعود ، فى : باب من أتى امرأته فى دبرها ، من كتاب الطهارة . سنن الدارمى ١ / ٢٦٠ .

وانظر شرح معانى الآثار ، فى : باب وطء النساء فى أدبارهن ، من كتاب النكاح . ٣ / ٤٥ ، ٤٦ .

(٤٢) فى الأصل زيادة : « امرأة » .

(٤٣) تقدم تخريجه فى : ١ / ٤١٧ .

(٤٤) أخرجه البخارى ، فى : باب : ﴿ نساؤكم حرث لكم ... ﴾ ، تفسير سورة البقرة ، من كتاب التفسير . صحيح البخارى ٦ / ٣٦ . ومسلم ، فى : باب جواز جماعه امرأته فى قبلها ... ، من كتاب النكاح . صحيح مسلم ٢ / ١٠٥٨ .

كما أخرجه أبو داود ، فى : باب فى جامع النكاح ، من كتاب النكاح . سنن أبى داود ١ / ٤٩٩ . والدارمى ، فى : باب النهى عن إتيان النساء فى أعجازهن ، من كتاب النكاح . سنن الدارمى ٢ / ١٤٥ ، ١٤٦ .

والرواية الأخرى أخرجها أبو داود ، فى الباب السابق . والدارمى ، فى : باب من أتى امرأته فى دبرها ، من كتاب الوضوء . سنن الدارمى ١ / ٢٥٩ . موقوفا على مجاهد .

فصل : فإنْ وطِئَ زوجتَه فى دُبُرِها ، فلا حَدَّ عليه ؛ لأنَّ له فى ذلك شُبْهةً ، ويُعَزَّرُ ؛ لفعلِه المُحرَّمَ ، وعليها الغُسْلُ ؛ لأنَّه إيلاجُ فَرْجٍ فى فَرْجٍ ، وحكمُه حكمُ الوَطءِ فى القُبُلِ فى إفسادِ العباداتِ ، وتَقْريرِ المَهْرِ ، ووُجوبِ العِدَّةِ . وإنْ كانَ الوطءُ لأجْنبيَّةٍ ، وجَب حَدُّ اللُّوطىِّ ، ولا مَهْرَ عليه ؛ لأنَّه لم يُفَوِّت مَنْفَعةً لها عِوَضٌ فى الشَّرْعِ . ولا يحصُلُ بوَطْءِ زَوْجتِهِ[٤٥] فى الدُّبرِ إحْصانٌ ، إنَّما يحصُلُ بالوَطْءِ الكاملِ ، وليس هذا بوطءٍ كاملٍ ، ولا الإحْلالُ[٤٦] للزَّوجِ الأوَّلِ ؛ لأنَّ المرأةَ لا تذُوقُ به عُسَيْلةَ الرَّجُلِ . ولا تحصُلُ به الفَيْئَةُ ، ولا الخُروجُ مِنَ العُنَّةِ ؛ لأنَّ الوَطْءَ فيهما لِحَقِّ المرأةِ ، وحقُّها الوَطْءُ فى القُبُلِ . ولا يزُولُ به الاكْتِفاءُ بصُمَاتِها فى الإذنِ بالنِّكاحِ[٤٧] ؛ لأنَّ بَكارةَ الأصلِ باقيةٌ .

فصل : ولا بأسَ بالتَّلذُّذِ بها بينَ الألْيَتَيْنِ مِن غيرِ إيلَاجٍ ؛ لأنَّ السُّنَّةَ إنَّما وردتْ بتَحْريمِ الدُّبُرِ ، فهو مَخْصوصٌ بذلك ، ولأنَّه حُرِّمَ لأجلِ الأذَى ، وذلك مخصوصٌ بالدُّبُرِ ، فاخْتَصَّ التَّحريمُ بِه .

فصل : والعَزْلُ مكروهٌ ، ومعناه أنْ يَنزِعَ إذا قَرُبَ الإنْزالُ ، فيُنْزِلُ خارجًا من الفَرْجِ ، رُويتْ كَراهِيَتُه[٤٨] عن عمرَ ، وعلىٍّ ، وابنِ عمرَ ، وابنِ مسعودٍ . ورُوِىَ ذلك عن أبى بكرٍ الصِّدِّيقِ أيضًا ؛ لأنَّ فيه تَقْلِيلَ النَّسْلِ ، وقطعَ اللَّذَّةِ عن المَوْطُوءةِ ، وقد حثَّ النَّبىُّ ﷺ على تَعاطِى أسْبابِ الوَلَدِ ، فقال : « تَنَاكَحُوا ، تَنَاسَلُوا ، تَكْثُرُوا »[٤٩] . وقال : « سَوْدَاءُ[٥٠] وَلُودٌ ، خَيْرٌ مِنْ حَسْنَاءَ عَقِيمٍ »[٥١] . إلَّا أنْ يكونَ لحاجةٍ ، مثل أنْ يكونَ

---

(٤٥) فى الأصل : « امرأته » .

(٤٦) فى ب ، م : « والإحلال » .

(٤٧) فى ا : « فى النكاح » .

(٤٨) فى ب ، م : « كراهته » .

(٤٩) عزاه صاحب كنز العمال ، فى : ١٦ / ٢٧٦ ، إلى عبد الرزاق فى « الجامع » ، عن سعيد بن أبى هلال مرسلا .

(٥٠) فى الأصل : « شوهاء » .

(٥١) أورده الهيثمى ، فى : باب تزويج الولود ، من كتاب النكاح . مجمع الزوائد ٤ / ٢٥٨ . وصاحب الفتح الكبير =

فى دارِ الحربِ ، فتدْعُوه[٥٢] حاجتُه إلى الوطءِ ، فيطأُ ويَعْزِلُ ، ذكر الخِرَقِىُّ[٥٣] هذه الصُّورةَ ، أو تكونَ زوجتُه أَمَةً ، فيَخْشَى الرِّقَّ على ولِده ، أو تكونَ له أَمَةٌ ، فيَحْتاجُ إلى وَطْئِها وإلى بَيْعِها ، وقد رُوِىَ عن علىٍّ ، رَضِىَ اللهُ عنه ، أنَّه كان يَعْزِلُ عن إمائِه . فإنْ عزَلَ مِن غيرِ حاجةٍ ، كُرِهَ ، ولم يَحْرُمْ . ورُوِيَتِ الرُّخْصَةُ فيه عن علىٍّ ، وسعدِ بنِ أبى وقاصٍ ، وأبى أيُّوبَ ، وزيدِ بنِ ثابتٍ ، وجابرٍ ، وابنِ عبَّاسٍ ، والحسنِ بنِ علىٍّ ، وخَبَّابِ ابنِ الأَرَتِّ ، وسعيدِ بنِ المُسَيَّبِ ، وطاوسٍ ، / وعَطاءٍ ، والنَّخَعِىِّ ، ومالكٍ ، والشَّافعىِّ ، وأصحابِ الرَّأْىِ . وروَى أبو سعيدٍ ، قال : ذُكِرَ - يَعْنِى[٥٤] - العَزْلُ ، عندَ رسولِ اللهِ ﷺ ، قال : « وَلِمَ[٥٥] يَفْعَلُ ذٰلِكَ[٥٦] أَحَدُكُمْ ؟ » . ولم يقل : فَلَا يَفْعَلْ [٥٧]ذٰلِكَ أَحَدُكم[٥٧] . « فَإِنَّهُ لَيْسَ مِنْ نَفْسٍ مَخْلُوقَةٍ ، إِلَّا اللهُ خَالِقُهَا » . مُتَّفَقٌ عليه[٥٨] . وعنه أنَّ رجلًا قال : يا رسولَ اللهِ ، إنَّ لى جاريةً ، وأنا أعْزِلُ عنها ، وأنا أكرهُ أنْ تَحْمِلَ ، وأنا أريدُ ما يُريدُ الرِّجالُ ، وإنَّ اليهودَ تُحَدِّثُ أنَّ العَزْلَ المَوْءُودةُ الصُّغْرَى . قال : « كَذَبَتْ يَهُودُ ، لَوْ أَرَادَ اللهُ أَنْ يَخْلُقَهُ مَا اسْتَطَعْتَ أَنْ تَصْرِفَهُ » . رواه أبو داودَ[٥٩] .

١٤٩/٧ظ

= ٢ / ١٦٢ . وعزاه إلى الطبرانى . وصاحب كنز العمال ١٦ / ٢٧٤ . وعزاه إلى الطبرانى أيضا . وكلهم رووه عن معاوية بن حيدة .

(٥٢) فى ا ، ب ، م : « فتدعو » .

(٥٣) فى الأصل زيادة : « فى » .

(٥٤) سقط من : الأصل .

(٥٥) فى ا ، ب ، م : « فلم » .

(٥٦) سقط من : ا ، ب ، م .

(٥٧ - ٥٧) سقط من : ا ، ب ، م .

(٥٨) أخرجه البخارى ، فى : باب هو الله الخالق البارئ المصور ، من كتاب التوحيد . صحيح البخارى ٩ / ١٤٨ . ومسلم ، فى : باب حكم العزل ، من كتاب النكاح . صحيح مسلم ٢ / ١٠٦٣ .

كما أخرجه أبو داود ، فى : باب ما جاء فى العزل ، من كتاب النكاح . سنن أبى داود ١ / ٥٠٠ . والترمذى ، فى : باب ما جاء فى كراهية العزل ، من أبواب النكاح . عارضة الأحوذى ٥ / ٧٥ .

(٥٩) فى : باب ما جاء فى العزل ، من كتاب النكاح . سنن أبى داود ١ / ٥٠١ . =

فصل : ويجوزُ العَزْلُ عن أَمَتِه بغيرِ إذنِها . نصَّ عليه أحمدُ . وهو قولُ مالكٍ ، وأبى حنيفةَ ، والشَّافعىِّ ؛ وذلك لأنَّه لا حَقَّ لها فى الوَطْءِ ، ولا فى الولَدِ ، ولذلك لم تَمْلِكِ المُطالبةَ بِالقَسْمِ ولا الفَيْئَةِ ، فلَأَنْ لا تَمْلِكَ المَنْعَ مِنَ العزْلِ أَوْلَى . ولا يعزلُ عن زَوْجتِه الحُرَّةِ إلَّا بإذْنِها . قال القاضى : ظاهرُ كلامِ أحمدَ وُجوبُ اسْتِئْذانِ الزَّوجةِ فى العَزْلِ ، ويَحتملُ أنْ يكونَ مُسْتَحَبًّا ؛ لأنَّ حقَّها فى الوَطْءِ دُونَ الإنْزالِ ، بدليلِ أنَّه يَخْرُجُ به مِن الفَيْئَةِ ، والعُنَّةِ . وللشَّافعيَّةِ فى ذلك وَجْهانِ . والأوَّلُ أولى ؛ لما رُوِىَ عن عمرَ ، رَضِىَ اللهُ عنه ، قال : نَهَى رسولُ اللهِ ﷺ أنْ يُعْزَلَ عَنِ الحُرَّةِ إلَّا بإذْنِها . رواه الإمامُ أحمدُ ، فى «المُسْنَدِ» ، وابنُ ماجه[٦٠] . ولأنَّ لها فى الولدِ حقًّا ، وعليها فى العَزْلِ ضَرَرٌ ، فلم يجُزْ إلَّا بإذْنِها . فأمَّا زوجتُه الأمَةُ ، فيَحْتَمِلُ جَوازُ العَزْلِ عنها بغيرِ إذْنِها . وهو قولُ الشَّافعىِّ ، اسْتِدْلالًا بمَفْهومِ هذا الحديثِ . وقال ابنُ عبَّاسٍ : تُسْتأْذَنُ الحُرَّةُ ، ولا تُسْتأْذَنُ الأمَةُ . ولأنَّ عليه ضَرَرًا فى اسْتِرْقاقِ وَلَدِه ، بخلافِ الحُرَّةِ . ويَحْتَمِلُ أنْ لا يجوزَ إلَّا بإذْنِها ؛ لأنَّها زوجةٌ تَمْلِكُ المطالبةَ بالوَطْءِ فى الفَيْئَةِ ، والفَسْخَ عندَ تَعذُّرِه بالعُنَّةِ ، وتَرْكُ العزْلِ من تَمامِه ، فلم يَجُزْ بغيرِ إذْنِها ، كالحُرَّةِ .

فصل : فإنْ عزلَ عن زوجتِه أو أَمَتِه ، ثم أتتْ بولدٍ ، لَحِقَه نسبُه ؛ لما رَوى أبو داودَ[٦١] ، عن جابرٍ ، قال : جاء رجلٌ مِنَ الأنْصارِ إلى رسولِ اللهِ ﷺ ، فقال : إنَّ لى جاريةً ، وأنا أطُوفُ عليها ، وأنا أكْرَهُ أنْ تَحْمِلَ ! فقال : « اعْزِلْ عَنْهَا إنْ شِئْتَ ، فَإنَّهُ سَيَأْتِيْهَا مَا قُدِّرَ لَهَا » . وقال أبو سعيدٍ : كنتُ أعْزِلُ عن جاريةٍ لى ، فولَدتْ أحبَّ النَّاسِ إلَىَّ[٦٢] . ولأنَّ لُحوقَ النَّسَبِ حُكْمٌ يتعلَّقُ بالوَطْءِ ، فلم يُعْتَبَرْ فيه الإنْزالُ ، كسائرِ

= كما أخرجه الإمام أحمد ، فى : المسند ٣ / ٣٣ ، ٥١ ، ٥٣ .

(٦٠) أخرجه الإمام أحمد ، فى : المسند ١ / ٣١ . وابن ماجه ، فى : باب العزل ، من كتاب النكاح . سنن ابن ماجه ١ / ٦٢٠ .

(٦١) فى : باب ما جاء فى العزل ، من كتاب النكاح . سنن أبى داود ١ / ٥٠١ .

كما أخرجه مسلم ، فى : باب حكم العزل ، من كتاب الطلاق . صحيح مسلم ٢ / ١٠٦٤ . وابن ماجه ، فى : باب فى القدر ، من المقدمة . سنن ابن ماجه ١ / ٣٥ . والإمام أحمد ، فى : المسند ٣ / ٣١٢ ، ٣٨٦ .

(٦٢) أخرجه عبد الرزاق ، فى : باب العزل عن الإماء ، من كتاب الطلاق . المصنف ٧ / ١٤١ .

الأحكامِ . وقد قيلَ : إنَّ الوَطْءَ فى الفَرْجِ يحْصُلُ به الإنْزالُ / ، ولا يُحَسُّ به . ٧/١٥٠و

فصل : فى آدَابِ الجمَاعِ . تُستَحبُّ التَّسْمِيَةُ قبلَه ؛ لقولِ اللهِ تعالى : ﴿ وَقَدِّمُواْ لِأَنفُسِكُمْ ﴾[٦٣] . قال عَطاءٌ : هى التَّسْمِيَةُ عند الجماع . ورَوَى ابنُ عبَّاسٍ ، قال : قال رسولُ اللهِ ﷺ : « لَوْ أَنَّ أَحَدَكُمْ حِينَ يَأْتِى أَهْلَهُ قَالَ : بِسْمِ اللهِ ، اللَّهُمَّ جَنِّبْنَا الشَّيْطَانَ ، وَجَنِّبِ الشَّيْطَانَ مَا رَزَقْتَنَا ، فَوُلِدَ بَيْنَهُمَا وَلَدٌ ، لَمْ يَضُرَّهُ الشَّيْطَانُ أَبَدًا » . مُتَّفَقٌ عليه[٦٤] . ويُكْرَهُ التَّجَرُّدُ عندَ المُجَامعةِ ؛ لما رَوَى عُتْبَةُ بنُ عَبْدٍ[٦٥] ، قال : قال رسولُ اللهِ ﷺ : « إِذَا أَتَى أَحَدُكُمْ أَهْلَهُ ، فَلْيَسْتَتِرْ ، وَلَا يَتَجَرَّدْ تَجَرُّدَ الْعَيْرَيْنِ » ، رواه ابنُ ماجَه[٦٦] . وعن عائشةَ ، قالت : كان رسولُ اللهِ ﷺ إذا دخلَ الخَلاءَ غطَّى رأسَه ، [٦٧]وإذا أتَى أهلَه غطَّى رأسَه[٦٧] . ولا يُجامِعُ بحيثُ يراهُمَا أحدٌ ، أو يسْمَعُ حِسَّهُما . ولا يُقَبِّلُها ويُباشِرُها عندَ النَّاسِ . قال أحمدُ : ما يعجبُنِى إلَّا أنْ يَكْتُمَ هذا كلَّه . وقال الحسنُ ، فى الذى يُجامِعُ المرأةَ ، والأُخْرَى تَسْمَعُ ، قال : كانوا يكْرَهونَ

---

(٦٣) سورة البقرة ٢٢٣ .

(٦٤) أخرجه البخارى ، فى : باب التسمية على كل حال وعند الوقاع ، من كتاب الوضوء ، وفى : باب صفة إبليس وجنوده ، من كتاب بدء الخلق ، وفى : باب ما يقول الرجل إذا أتى أهله ، من كتاب النكاح ، وفى : باب ما يقول إذا أتى أهله ، من كتاب الدعوات ، وفى : باب السؤال بأسماء الله تعالى والاستعاذة بها ، من كتاب التوحيد . صحيح البخارى ١ / ٤٨ ، ٤ / ١٤٩ ، ٧ / ٢٩ ، ٣٠ ، ٨ / ١٠٢ ، ١٠٣ ، ٩ / ١٤٦ . ومسلم ، فى : باب ما يستحب أن يقوله عند الجماع ، من كتاب النكاح . صحيح مسلم ٢ / ١٠٥٨ .

كما أخرجه أبو داود ، فى : باب فى جامع النكاح ، من كتاب النكاح . سنن أبى داود ١ / ٤٩٨ . والترمذى ، فى : باب ما يقول إذا دخل على أهله ، من كتاب النكاح . عارضة الأحوذى ٤ / ٣١٣ . وابن ماجه فى : باب ما يقول الرجل إذا دخلت عليه أهله ، من كتاب النكاح . سنن ابن ماجه ١ / ٦١٨ . والدارمى ، فى : باب القول عند الجماع ، من كتاب النكاح . سنن الدارمى ٢ / ١٤٥ . والإمام أحمد ، فى : المسند ١ / ٢١٧ ، ٢٢٠ ، ٢٤٣ ، ٢٨٣ ، ٢٨٦ .

(٦٥) فى النسخ : « عبيد » . والمثبت من سنن ابن ماجه . وانظر ترجمته فى : تهذيب التهذيب ٧ / ٩٨ .

(٦٦) فى : باب التستر عند الجماع ، من كتاب النكاح . سنن ابن ماجه ١ / ٦١٩ .

(٦٧ - ٦٧) سقط من : الأصل . ولم نجد قول عائشة هذا ، وذكر المؤلف أنه يروى عن أبى بكر أنه كان يغطى رأسه عند دخوله الخلاء . انظر ما سبق فى : ١ / ٢٢٦ .

الوَجْسَ ، وهو الصَّوْتُ الخَفِيُّ . ولا يتحدَّثُ بما كان بينَه وبينَ أهلِه ؛ لما رُوِىَ عن[68] الحسنِ ، قال : جلس رسولُ الله ﷺ بينَ الرِّجالِ والنِّساءِ ، فأقْبَلَ على الرِّجالِ ، فقال : « لَعَلَّ أَحَدَكُمْ يُحَدِّثُ بِمَا يَصْنَعُ بِأَهْلِهِ إِذَا خَلَا ؟ » . ثم أقبلَ على النِّساءِ فقال : « لَعَلَّ إِحْدَاكُنَّ تُحَدِّثُ النِّسَاءَ بِمَا يَصْنَعُ بِهَا زَوْجُهَا ؟ » . قال : فقالت امرأةٌ : إنَّهم ليفْعلونَ ، وإنَّا لنَفْعَلُ . فقال : « لَا تَفْعَلُوا ، فَإِنَّمَا[69] مَثَلُ ذَلِكُمْ كَمَثَلِ شَيْطَانٍ لَقِيَ شَيْطَانَةً ، فَجَامَعَهَا وَالنَّاسُ يَنْظُرُونَ »[70] . ورَوَى أبو داودَ[71] ، عن أبي هُرَيْرَةَ ، عنِ النَّبيِّ ﷺ مثلَه بمَعْناه . ولا يستَقْبِلُ القِبْلَةَ حالَ الجِمَاعِ ؛ لأنَّ عمرَو بنَ حَزْمٍ ، وعَطاءً ، كرِهَا ذلك . ويُكْرَهُ الإِكثارُ من الكلامِ حالَ الجماعِ ؛ لما رَوَى قَبِيصَةُ بنُ ذُؤَيْبٍ ، أنَّ رسولَ الله ﷺ قال : « لا تُكْثِرُوا الْكَلَامَ عِنْدَ[72] مُجَامَعَةِ النِّسَاءِ ؛ فَإِنَّ مِنْهُ يَكُونُ الْخَرَسُ وَالْفَأْفَاءُ »[73] . ولأنَّه يُكْرَهُ الكلامُ حالَ[74] البَوْلِ ، وحالُ الجِماعِ في مَعْناه ، وأَوْلَى[75] بذلك منه . ويُسْتَحَبُّ أنْ يُلَاعِبَ امرأتَه قبلَ الجِمَاعِ ؛ لتَنْهَضَ شهوتُها ، فتنالَ مِن لذَّةِ الجماعِ مثلَ ما نالَه . وقد رُوِىَ عن عمرَ بنِ عبدِ العزيزِ ، عن النَّبيِّ ﷺ ، أنَّه قال : « لَا تُوَاقِعْهَا إِلَّا وَقَدْ أَتَاهَا مِنَ الشَّهْوَةِ مِثْلُ مَا أَتَاكَ ، لِكَيْلَا[76] تَسْبِقَهَا بِالْفَرَاغِ » . قلتُ : وذلك إليَّ ؟ قال : « نَعَمْ ، إِنَّكَ تُقَبِّلُهَا ، وَتَغْمِزُهَا ، وتَلْمَسُهَا[77] ، فَإِذَا

---

(68) سقط من : ب ، م .

(69) في ب ، م : « فإنه » .

(70) أخرجه ابن أبي شيبة ، في : باب في إخبار ما يصنع الرجل بامرأته أو المرأة بزوجها ، من كتاب النكاح . المصنف 4 / 391 .

(71) في : باب ما يكره من ذكر الرجل ما يكون من إصابته أهله ، من كتاب النكاح . سنن أبي داود 1 / 502 .

(72) في ب ، م : « عن » .

(73) أورده صاحب كنز العمال ، في : 16 / 354 . وعزاه لابن عساكر .

(74) في ا ، ب ، م : « حالة » .

(75) في ب ، م : « وأول » .

(76) في الأصل : « لكي » .

(77) في ب ، م : « وتلمزها » .

رَأَيْتَ أَنَّهُ قَدْ جَاءَهَا مِثْلُ مَا[78] جاءَكَ ، وَاقِعْهَا »[79] . /فَإِنْ فرَغ قبلَها ، كُرِهَ له النَّزْعُ ٧/١٥٠ ظ حتى تفْرُغ ؛ لما رَوَى أنسُ بنُ مالكٍ ، قال : قال رسولُ الله ﷺ : « إِذَا جَامَعَ الرَّجُلُ أَهْلَهُ ، فلْيَصْدُقْهَا[80] ، ثُمَّ إِذَا قَضَى حَاجَتَهُ ، فَلَا يُعْجِلْهَا حَتَّى تَقْضِيَ حَاجَتَهَا »[81] . ولأنَّ فى ذلك ضَرَرًا عليها ، ومَنْعًا لها[82] مِن قَضاءِ شَهْوَتِها . ويُسْتَحَبُّ للمرأةِ أنْ تَتَّخذَ خِرقةً ، تُناولُها الزَّوجَ بعدَ فَراغِه ، فيتمسَّحُ بها ؛ فإنَّ عائشةَ قالتْ : يَنْبَغِى للمرأةِ إذا كانتْ عاقِلةً ، أنْ تتَّخِذَ خِرقةً ، فإذا جامعَها زوجُها[83] ، ناولتْه ، فمسَحَ عنه ، ثم تَمْسَحُ عنها ، فيُصَلِّيانِ فى ثَوْبِهما ذلك ، ما لم تُصِبْه جَنَابةٌ . ولا بأسَ أن يجْمَعَ بين نسائِه وإمائِه بغُسْلٍ واحدٍ ؛ لما رُوِيَ عن أنسٍ ، قال : سكَبْتُ لرسولِ اللهِ ﷺ مِن نسائِه غُسْلًا واحدًا ، فى ليلةٍ واحدةٍ[84] . ولأنَّ[85] حدَثَ الجنابةِ لا يمنعُ الوَطْءَ ؛ بدليلِ إتْمامِ الجمَاعِ . قال أحمدُ : إذا أرادَ أنْ يعودَ ، فأَعْجبُ إلَيَّ الوضوءُ ، فإنْ لم يفْعَلْ ، فأرجُو أنْ لَا يَكونَ به بَأْسٌ . ولأنَّ الوُضُوءَ يزيدُه نشاطًا ونظافةً ، فاستُحِبَّ . وإنِ

---

(٧٨) فى ا زيادة : « قد » .

(٧٩) لم نجده فى المصادر التى بين أيدينا .

(٨٠) فى النسخ : « فليقصدها » . والمثبت من مصنف عبد الرزاق .

(٨١) أخرجه عبد الرزاق ، فى : باب القول عند الجماع وكيف يصنع وفضل الجماع ، من كتاب النكاح . المصنف ٦ / ١٩٤ .

(٨٢) سقط من : الأصل .

(٨٣) فى الأصل : « الزوج » .

(٨٤) أخرجه البخارى ، فى : باب من طاف على نسائه فى غسل واحد ، من كتاب النكاح . صحيح البخارى ٧ / ٤٤ . ومسلم ، فى : باب جواز نوم الجنب واستحباب الوضوء له وغسل الفرج إذا أراد أن يأكل أو يشرب أو ينام أو يجامع ، من كتاب الحيض . صحيح مسلم ١ / ٢٤٩ . وأبو داود ، فى : باب فى الجنب يعود ، من كتاب الطهارة . سنن أبى داود ١ / ٤٩ . والترمذى ، فى : باب ما جاء فى الرجل يطوف على نسائه بغسل واحد ، من كتاب الطهارة . عارضة الأحوذى ١ / ٢٣١ . والنسائى ، فى : باب إتيان النساء قبل إحداث الغسل ، من كتاب الطهارة . المجتبى ١ / ١١٨ . وابن ماجه ، فى : باب ما جاء فى من يغتسل من جميع نسائه غسلا واحدا ، من كتاب الطهارة . سنن ابن ماجه ١ / ١٩٤ . والدارمى ، فى : باب الذى يطوف على نسائه فى غسل واحد . سنن الدارمى ١ / ١٩٢ ، ١٩٣ . والإمام أحمد ، فى : المسند ٣ / ١٦١ ، ١٨٥ ، ١٨٩ ، ٢٢٥ .

(٨٥) فى ب ، م : « فإن » .

اغتسلَ بينَ كلِّ وَطْئَيْنِ ، فهو أفضلُ ، فإنَّ أبا رافِعٍ رَوَى ، أنَّ رسولَ اللهِ ﷺ طافَ على نسائِه جميعًا ، فاغتسلَ عندَ كلِّ امرأةٍ منهنَّ غُسْلًا ، فقلتُ : يا رسولَ اللهِ ، لو جعَلْتَه غُسلًا واحدًا؟ قال : « هَذَا أَزْكَى وأَطْيَبُ وأَطْهَرُ » . رواه أحمدُ ، فى « المُسْنَدِ »[86] ، ورَوَى أحاديثَ هذا الفصلِ كلَّها أبو حَفْصٍ العُكْبَرِىُّ ، ورَوَى ابنُ بَطَّةَ ، بإسْنادِه عن أبى سعيدٍ ، قال : قال رسولُ اللهِ ﷺ : « إِذَا جَامَعَ الرَّجُلُ أَوَّلَ اللَّيْلِ ، ثُمَّ أَرَادَ أَنْ يَعُودَ ، تَوَضَّأَ وُضُوءَهُ لِلصَّلَاةِ »[87] .

فصل : وليسَ للرَّجُلِ أنْ يجمعَ بين امرأتَيْه فى مَسْكَنٍ واحدٍ بغيرِ رِضَاهما ، صغيرًا كان أو كبيرًا ؛ لأنَّ عليهِمَا ضَرَرًا ؛ لما بينهما مِنَ العداوةِ والغَيْرةِ ، واجتماعُهُما يُثيرُ المُخاصَمةَ والمُقاتلةَ ، وتسْمَعُ كلُّ واحدةٍ منهُما حِسَّه إذا أتى[88] الأُخرَى ، أو ترَى ذلك ، فإنْ رَضِيَتا بذلك جازَ ؛ لأنَّ الحَقَّ لهما ، فلهما المُسامَحةُ بتَرْكِه ، وكذلك إنْ رَضِيَتا بنَوْمِه بينهما فى لِحَافٍ واحدٍ ، وإنْ رَضِيَتا بأن يُجامِعَ واحدةً بحيثُ تَراهُ الأُخرَى ، لم يجُزْ ؛ لأنَّ فيه دَناءةً وسُخْفًا وسُقوطَ مُروءَةٍ ، فلم يُبَحْ برِضاهما . وإن أسْكَنَهما فى دارٍ واحدةٍ ، كلُّ واحدةٍ فى بيتٍ ، جازَ ، إذا كان ذلك مَسْكَنُ مِثْلِها .

فصل : رُوِىَ عن النَّبىِّ ﷺ ، أنَّه قال : « أَتَعْجَبُونَ مِنْ غَيْرَةِ سَعْدٍ ؟ لأَنَا أَغْيَرُ مِنْهُ ، وَاللهُ أَغْيَرُ مِنِّى »[89] /وعن علىٍّ ، رَضِىَ اللهُ عنه ، قال : بلَغنِى أنَّ نساءَكم لَيُزاحِمْنَ ١٥١/٧و

---

(٨٦) فى : ٦ / ٩ ، ١٠ .

كما أخرجه أبو داود ، فى : باب الوضوء لمن أراد أن يعود ، من كتاب الطهارة . سنن أبى داود ١ / ٥٠ . وابن ماجه ، فى : باب فى من يغتسل عند كل واحدة غسلا ، من كتاب الطهارة . سنن ابن ماجه ١ / ١٩٤ .

(٨٧) وأخرجه مسلم ، فى : باب جواز نوم الجنب واستحباب الوضوء له وغسل الفرج إذا أراد أن يأكل أو يشرب أو ينام أو يجامع ، من كتاب الحيض . صحيح مسلم ١ / ٢٤٩ . وأبو داود ، فى : باب الوضوء لمن أراد أن يعود ، من كتاب الطهارة . سنن أبى داود ١ / ٥٠ . والترمذى ، فى : باب ما جاء إذا أراد أن يعود توضأ ، من أبواب الطهارة . عارضة الأحوذى ١ / ٢٣٣ . والنسائى ، فى : باب فى الجنب إذا أراد أن يعود ، من كتاب الطهارة . المجتبى ١ / ١١٧ . وابن ماجه ، فى : باب فى الجنب إذا أراد العود توضأ ، من كتاب الطهارة سنن ابن ماجه ١ / ١٩٣ . والإمام أحمد ، فى : المسند ٣ / ٢٨ .

(٨٨) فى ا ، ب ، م زيادة : « إلى » .

(٨٩) أخرجه البخارى ، فى : باب الغيرة ، من كتاب النكاح . وفى : باب من رأى مع امرأته رجلا فقتله ، من كتاب=

العُلُوجَ[٩٠] فى الأَسْواقِ ، أَمَا تَغارُونَ ؟ إنَّه لا خيرَ فى مَن لا يَغارُ[٩١] . وقال محمدُ بنُ على بنِ الحسينِ : كان إبراهيمُ عليه السَّلامُ غَيُورًا ، وما من امْرِئٍ لا يغارُ إلَّا مَنْكوسُ القَلْبِ .

١٢٢٣ – مسألة ؛ قال أبو القاسم : (وَعَلَى الرَّجُلِ أَنْ يُسَاوِىَ بَيْنَ زَوْجَاتِهِ فِى الْقَسْمِ)

لا نعلمُ بينَ أهلِ العلمِ فى وُجوبِ التَّسوية بين الزَّوْجاتِ فى القَسْمِ خلافًا ، وقد قال اللهُ تعالى : ﴿ وَعَاشِرُوهُنَّ بِٱلْمَعْرُوفِ ﴾[١] . وليس مع المَيْلِ مَعْروفٌ . وقال اللهُ تعالى : ﴿ فَلَا تَمِيلُواْ كُلَّ ٱلْمَيْلِ فَتَذَرُوهَا كَٱلْمُعَلَّقَةِ ﴾[٢] . ورَوى أبو هُرَيْرةَ ، قال : قال رسولُ اللهِ ﷺ : « مَنْ كَانَتْ لَهُ امْرَأَتَانِ ، فَمَالَ إِلَى إِحْدَاهُمَا ، جَاءَ يَوْمَ الْقِيَامَةِ وَشِقُّهُ مَائِلٌ » . وعن عائشةَ ، قالت : كان رسولُ اللهِ ﷺ يقْسِمُ بيْننا فيَعْدِلُ ، ثم يقول : « اللَّهُمَّ هَذَا قَسْمِي فِيمَا أَمْلِكُ ، فَلَا تَلُمْنِى فِيمَا لَا أَمْلِكُ » . روَاهما أبو داود[٣] . إذا ثبت هذا ، فإنَّه إذا كان عندَه نِسْوَةٌ ، لم يجُزْ له[٤] أن يبْتَدِئَ بواحدةٍ منهنَّ إلَّا بقُرْعةٍ ؛ لأنَّ البِدايةَ[٥] بها ، تفضِيلٌ لها ، والتَّسويةُ واجبةٌ ، ولأنَّهنَّ مُتَساوياتٌ فى الحقِّ ، ولا يُمْكِنُ

= الحدود ، وفى : باب قول النبى ﷺ لا شخص أغير من الله ، من كتاب التوحيد . صحيح البخارى ٧ / ٤٥ . ٨ / ٢١٥ ، ٩ / ١٥١ . ومسلم ، فى : كتاب اللعان : صحيح مسلم ٢ / ١١٣٥ ، ١١٣٦ . والدارمى ، فى : باب فى الغيرة ، من كتاب النكاح . سنن الدارمى ٢ / ١٤٩ . والإمام أحمد ، فى : المسند ٤ / ٢٤٨ .

(٩٠) العلج : السمين القوى ، والرجل من كفار العجم .

(٩١) أخرجه الإمام أحمد ، فى : المسند ١ / ١٣٣ .

(١) سورة النساء ١٩ .

(٢) سورة النساء ١٢٩ .

(٣) فى : باب فى القسم بين النساء ، من كتاب النكاح . سنن أبى داود ١ / ٤٩٢ .

كما أخرجهما الترمذى ، فى : باب فى التسوية بين الضرائر ، من كتاب النكاح . عارضة الأحوذى ٥ / ٨٠ ، ٨١ . والنسائى ، فى : باب ميل الرجل إلى بعض نسائه دون بعض ، من كتاب عشرة النساء . المجتبى ٧ / ٦٠ . وابن ماجه ، فى : باب القسمة بين النساء ، من كتاب النكاح . سنن ابن ماجه ١ / ٦٣٣ . والدارمى ، فى : باب فى العدل بين النساء ، من كتاب النكاح . سنن الدارمى ٢ / ١٤٣ . والإمام أحمد ، فى : المسند ٢ / ٢٩٥ ، ٣٤٧ ، ٤٧١ ، ٦ / ١٤٤ .

(٤) سقط من : الأصل .

(٥) فى ب ، م : « البداءة » .

الجَمْعُ بينهنَّ ، فوجبَ المَصِيرُ إلى القُرْعةِ ، كما لو أرادَ السَّفَرَ بإحْدَاهنّ . فإنْ كانتا اثْنَتيْنِ ، كَفاه قرعةٌ واحدةٌ ، ويصيرُ فى[٦] اللَّيلةِ الثَّانيةِ إلى الثَّانيةِ بغيرِ قُرْعةٍ ؛ لأنَّ حقَّها مُتعَيِّنٌ . وإن كنَّ ثلاثًا ، أقْرَعَ فى اللَّيلةِ الثَّانيةِ للبدَايةِ بإحْدَى الباقيتَيْنِ . وإن كُنَّ أربعًا أقْرَعَ فى اللَّيلةِ الثَّالثةِ ، ويصيرُ فى اللَّيلةِ الرَّابعةِ إلى الرَّابعةِ بغيرِ قُرعةٍ . ولو أقرعَ فى اللَّيلةِ الأُولى ، فجعلَ سهمًا للأُولَى ، وسهمًا للثَّانيةِ ، وسهمًا للثَّالثةِ ، وسهمًا للرَّابعةِ ، ثم أخرجَها عليهنَّ مَرَّةً واحدةً ، جازَ ، وكان لكلِّ واحدةٍ ما خرجَ لها .

فصل : ويقْسِمُ المريضُ والْمَجْبوبُ[٧] والعِنِّينُ والخُنْثَى[٨] والخَصِيُّ . وبذلك قال الثَّوْرِيُّ ، والشَّافعيُّ ، وأصْحابُ الرَّأيِ ؛ لأنَّ القَسْمَ للأُنْسِ ، وذلك حاصِلٌ مِمَّنْ لا يطَأُ . وقد روَت عائشةُ ، أنَّ رسولَ اللهِ ﷺ لمَّا كان فى مَرَضِه ، جعل يدُورُ فى نسائِه ، ويقولُ : « أيْنَ أنَا غدًا ؟ [٩]أيْنَ أنَا غدًا ؟ »[٩] . رواه البُخاريُّ[١٠] . فإنْ شقَّ عليه ذلك ، اسْتَأْذَنَهنَّ فى الكَوْنِ عندَ إحْداهُنَّ ، كما فعلَ النَّبىُّ ﷺ ، قالت عائشةُ : إنَّ رسولَ اللهِ صلى الله عليه / وسلم بعَثَ إلى النِّساءِ فاجتمَعْنَ ، قال : « إنِّى لَا أَسْتَطِيعُ أَنْ أَدُورَ بَيْنَكُنَّ ، فَإِنْ رَأَيْتُنَّ أَنْ تَأْذَنَّ لِى ، فَأَكُونَ عِنْدَ عَائِشَةَ ، فَعَلْتُنَّ » . فأَذِنَّ لَهُ . رواه أبو داودَ[١١] . فإنْ لم يأذَنَّ له ، أقامَ عندَ إحْداهنَّ بالقُرْعةِ ، أو اعْتزَلهنَّ جميعًا إنْ أحبَّ . فإنْ كان الزَّوجُ مَجْنونًا لا يُخافُ منه ، طافَ به الوَلِيُّ عليهنَّ ، وإن كان يُخافُ منه ، فلا قَسْمَ عليه ؛ لأنَّه لا يحْصُلُ منه أُنسٌ ولا فائدةٌ . وإنْ لم يعْدِلِ الوَلِيُّ فى القَسْمِ بينهنَّ ، ثم أفاقَ المَجْنونُ ، فعليه أن يقْضِىَ للمَظْلومةِ ؛ لأنَّه حَقٌّ ثبتَ فى ذمَّتِه ، فلَزِمَه إيفاؤُه حالَ الإفاقةِ ، كالمالِ .

١٥١/٧ ظ

فصل : ويُقْسَمُ للمَريضةِ ، والرَّتْقاءِ ، والحائضِ ، والنُّفَساءِ ، والمُحْرِمةِ ،

---

(٦) سقط من : الأصل .

(٧) فى الأصل : « والمجنون » .

(٨) سقط من : الأصل ، ا .

(٩ - ٩) سقط من : ا .

(١٠) فى : باب فضل عائشة رضى الله عنها ، من كتاب فضائل أصحاب النبى . صحيح البخارى ٥ / ٣٧ .

(١١) فى : باب فى القسم بين النساء ، من كتاب النكاح . سنن أبى داود ١ / ٤٩٣ .
كما أخرجه الإمام أحمد ، فى : المسند ٦ / ٢١٩ .

والصَّغِيرةِ[١٢] المُمْكِنِ وَطْؤُها ، وكلُّهنَّ سَواءٌ فى القَسْمِ . وبذلك قال مالكٌ ، والشَّافعيُّ ، وأصحابُ الرَّأْى ، ولا نعلمُ عن غيرِهم خلافَهم . وكذلك التى ظاهرَ منها ؛ لأنَّ القَصْدَ الإيواءُ والسَّكَنُ والأُنْسُ ، وهو حاصلٌ لَهُنَّ ، وأمَّا المَجْنُونةُ ، فإن كانتْ لا يُخافُ منها ، فهى كالصَّحِيحةِ ، وإنْ خافَ منها ، فلا قَسْمَ لها ؛ لأنَّه لا يَأْمَنُها على نفسِه ، ولا يَحْصُلُ لها أُنسٌ ولا بها .

فصل : ويجبُ قَسْمُ الابتداءِ ، ومَعْناه أنَّه إذا كانت له امرأةٌ ، لَزِمَه المَبيتُ عندَها ليلةً مِن كلِّ أربعِ ليالٍ ، مالم يكُنْ عُذْرٌ ، وإن كان له نِسَاءٌ فلكلِّ واحدةٍ منهن ليلةٌ مِن كلِّ أربعٍ . وبه قال الثَّوْرِيُّ ، وأبو ثَوْرٍ . وقال القاضى ، فى « المُجَرَّدِ » : لا يجبُ قسمُ الابتداءِ ، إلَّا أن يَترُكَ الوَطْءَ مُصِرًّا ، فإنْ ترَكَه غيرَ مُصِرٍّ لم يلزمْه قَسْمٌ ، ولا وَطْءٌ[١٣] ؛ لأنَّ أحمدَ قال : إذا وصلَ الرَّجلُ إلى امرأتِه مَرَّةً ، بَطَلَ أن يكونَ عِنِّينًا . أى لا يُؤَجَّلُ . وقال الشَّافعيُّ : لا يجبُ قَسْمُ الابْتداءِ بحالٍ ؛ لأنَّ القَسْمَ لحقِّه ، فلم يجبْ عليه . ولَنا ، قولُ النَّبيِّ ﷺ ، لعبدِ اللهِ بن عمرِو بنِ العاصِ : « يَا عَبْدَ اللهِ ، أَلَمْ أُخْبَرْ أَنَّكَ تَصُومُ النَّهَارَ ، وَتَقُومُ اللَّيْلَ ؟ » قلتُ : بلَى يا رسولَ اللهِ . قال : « فَلَا تَفْعَلْ ، صُمْ وَأَفْطِرْ ، وَقُمْ وَنَمْ ؛ فَإِنَّ لِجَسَدِكَ عَلَيْكَ حَقًّا ، وَإِنَّ لِعَيْنِكَ عَلَيْكَ حَقًّا ، وَإِنَّ لِزَوْجِكَ عَلَيْكَ حَقًّا » . مُتَّفَقٌ عليه[١٤] . فأخْبَرَ أنَّ للمرأةِ عليه حقًّا . وقد اشْتَهَرَتْ قصةُ كعبِ بنِ

---

(١٢) سقطت الواو من : ب ، م .

(١٣) فى ب ، م : « يوطء » .

(١٤) أخرجه البخارى ، فى : باب حدثنا على بن عبد الله ، من كتاب التهجد ، وفى : باب حق الضيف فى الصوم ، وباب حق الجسم فى الصوم ، من كتاب الصوم . وفى : باب لزوجك عليك حق ، من كتاب النكاح ، وفى : باب حق الضيف ، من كتاب الأدب . صحيح البخارى ٢ / ٦٨ ، ٣ / ٥١ ، ٧ / ٤٠ ، ٤١ ، ٨ / ٣٨ . ومسلم ، فى : باب النهى عن صوم الدهر لمن تضرر به أو فوَّت به حقا أو لم يفطر العيدين والتشريق وبيان تفضيل صوم يوم وإفطار يوم ، من كتاب الصيام . صحيح مسلم ٢ / ٨١٢ ، ٨١٣ .

كما أخرجه أبو داود ، فى : باب فى صوم الدهر تطوعا ، من كتاب الصوم . سنن أبى داود ١ / ٥٦٥ . والنسائى ، فى : باب صوم يوم وإفطار يوم وذكر إختلاف ألفاظ الناقلين فى ذلك لخبر عبد الله بن عمرو فيه ، من كتاب الصيام . المجتبى ٤ / ١٨٠ .

سُورٍ[١٥] ، ورواها[١٦] عمرُ بن شَبَّةَ[١٧] فى كتابِ «قُضَاةِ البصرةِ» مِن وُجُوهٍ[١٨] ؛ إحداهنَّ عن الشَّعْبِيِّ ، أنَّ كعبَ بنَ سُورٍ كان جالسًا عندَ عمرَ بنِ الخطَّابِ ، فجاءتِ امرأةٌ ، فقالتْ : يا أميرَ المؤمنيْن ، ما رأيتُ رجلًا قطُّ أفْضَلَ مِن زوجى ، واللهِ إنَّه لَيبيتُ ليله قائمًا ، / ويظَلُّ نهارَه صائمًا . فاستَغْفَرَ لها ، وأثْنَى عليها . واسْتَحْيَتِ المرأةُ ، وقامتْ راجعةً ، فقال كعبٌ : يا أميرَ المؤمنين ، هلَّا أعْدَيتَ المرأةَ على زَوْجِها ؟ [١٩] فقال : وما ذاك ؟ فقال : إنَّها جاءتْ تَشْكُوهُ ، إذا كانت حالُه هذه فى العبادةِ ، متى يتفرَّغُ لها ؟ فبعَث عمرُ إلى زَوْجِها[١٩] ، فجاء ، فقال لكعبٍ : اقْضِ بينهما ، فإنَّك فهِمْتَ مِن أمرِهما ما لم أفْهَمْ . قال : فإنِّى أرَى كأنَّها امرأةٌ عليها ثلاثُ نِسْوَةٍ ، هى رابعتُهنَّ ، فأقْضِى له بثلاثةِ أيامٍ ولياليهنَّ يتعبَّدُ فيهنَّ ، ولها يومٌ وليلةٌ . فقال عمر : واللهِ ما رأيُك الأوَّلُ بأعجبَ إلىَّ مِن الآخِرِ ، اذْهَبْ فأنتَ قاضٍ على أهلِ البصرةِ . وفى رواية ، فقال عمر : نعْمَ القاضى أنتَ[٢٠] . وهذه قضيَّةٌ اشْتهرتْ[٢١] فلم تُنكَرْ ، فكانت إجماعًا . ولأنَّه لو لم يكُنْ حَقًّا ، لم تستَحِقَّ فسخَ النِّكاحِ لتعذُّرِه بالجَبِّ والعُنَّة ، وامْتناعِه بالإيلاءِ . ولأنَّه لو لم يكُنْ حقًّا للمرأةِ ، لمَلكَ الزَّوجُ تخصِيصَ إحْدَى زَوْجتَيْه به ، كالزِّيادةِ فى النَّفقةِ على قدْرِ الواجبِ . إذا ثبتَ هذا ، فقال أصحابنا : حقُّ المرأةِ ليلةٌ من كلِّ أربعٍ ، وللأمَةِ ليلةٌ من كلِّ سَبْعٍ ؛ لأنَّ أكثرَ ما يُمْكِنُ أن يَجْمَعَ معها ثلاثَ حَرائرَ ، ولها السابعةُ ، والذى يَقْوَى

١٥٢/٧و

---

(١٥) سُور ، بضم المهملة وسكون الواو ، كما فى الإصابة ٥ / ٦٤٥ ، والمشتبه ٤٠٢ .
(١٦) فى ب ، م : «رواهما» .
(١٧) فى ا ، ب ، م : «شعبة» .
وشبة لقب أبيه ، فهو عمر بن زيد بن عبيدة النميرى ، المؤرخ المحدث ، توفى سنة أربع وستين ومائتين ، أو ثلاث وستين . تاريخ التراث العربى ١ / ٢ / ٢٠٥ .
(١٨) فى ب ، م : «وجود» تحريف .
(١٩-١٩) سقط من : ب ، م .
(٢٠) ذكرها عبد الرزاق ، فى : باب حق المرأة على زوجها وفى كم تشتاق ، من كتاب الطلاق . المصنف ٧ / ١٤٨ ، وابن سعد ، فى الطبقات الكبرى ٧ / ٥٢ . وابن حجر ، فى الإصابة ٥ / ٦٤٦ .
(٢١) فى ا ، ب ، م : «انتشرت» .

عندى ، أنَّ لها ليلةً من ثمانٍ ، لتكونَ على النِّصفِ ممَّا للحُرَّةِ ، فإنَّ حقَّ الحُرَّةِ من كلِّ ثمانٍ ليلتانِ ، ليس لها أكثرُ من ذلك ، فلو كان للأَمَةِ ليلةٌ من سَبْعٍ ، لَزادَ على النِّصفِ ، ولم يكُنْ للحُرَّةِ لَيْلتانِ وللأَمَةِ ليلةٌ ، ولأنَّه إذا كان تحتَه ثلاثُ حرائرَ وأَمَةٌ ، فلم يُرِدْ أن يَزِيدهنَّ على الواجبِ لهنَّ ، فقَسَمَ بينهن سَبْعًا ، فماذا يصْنَعُ فى الليلةِ الثامنة ؟ إنْ أوجبنا عليه مَبِيتَها عند حُرَّةٍ ، فقد زادَها على ما يجبُ لها ، وإن باتَها عندَ الأمةِ جعَلها كالحُرَّةِ ، ولا سبيلَ إليه ، وعلى ما اخْتَرْتُه[22] تكونُ هذه الليلةُ الثامنةُ له ، إن أحبَّ انفردَ فيها ، وإنْ أحبَّ باتَ عندَ الأُولَى مُسْتأنِفًا للقَسْمِ . وإن كان عندَه[23] حُرَّةٌ وأَمَةٌ ، قسَمَ لهنَّ ثلاثَ ليالٍ من ثمانٍ ، وله الانْفِرادُ فى خمسٍ . وإن كان تحتَه حُرَّتانِ وأَمَةٌ ، فلهنَّ خمسٌ وله ثلاثٌ . وإن كان حُرَّتانِ وأَمَتانِ ، فلهنَّ ستٌّ وله اثنتانِ[24] . وإن كانت أَمَةً واحدةً ، فلها ليلةٌ وله سبعٌ ، وعلى قولِهم لها ليلةٌ وله ستٌّ .

فصل : والوَطْءُ واجبٌ على الرَّجُلِ ، إذا لم يكُنْ له[23] عُذْرٌ . وبه قال مالكٌ . وعلى قَوْلِ القاضى : لا يجبُ إلا أن يتركَه للإضْرارِ . وقال / الشَّافعىُّ : لا يجبُ عليه ؛ لأنَّه حقٌّ له ، فلا يجبُ عليه ، كسائرِ حُقوقِه . ولَنا ، ما تقدَّمَ فى الفصلِ الذى قبلَه ، وفى بعضِ رواياتِ حديثِ كعبٍ أنَّه حين قضَى بين الرَّجُلِ وامرأتِه ، قال : ٧/١٥٢ظ

إنَّ لها عليك حَقًّا يا بَعَلْ

تُصِيبُها فى أرْبَعٍ لمنْ عَدَلْ

فأعْطِها ذاك ودَعْ عنك العِلَلْ

فاسْتَحْسَنَ عمرُ قَضاءَه ، ورَضِيَه . ولأنَّه حَقٌّ واجبٌ بالاتِّفاقِ ، إذا[25] حلَف على تَرْكِه ، فيجِبُ قبلَ أن يحْلِفَ ، كسائرِ الحُقوقِ الواجبةِ ، يُحقِّقُ هذا أنَّه لو لم يكُنْ

---

(22) فى م : « اختزن » .

(23) سقط من : ا .

(24) فى الأصل : « ليلتان » .

(25) فى م : « وإذا » .

واجبًا ، لم يَصِرْ باليَمِينِ على تَرْكِهِ واجبًا ، كسائرِ ما لا يجبُ ، ولأنَّ النِّكاحَ شُرِعَ لمصلحةِ الزَّوْجَيْنِ ، ودَفْعِ الضَّرَرِ عنهما ، وهو مُفْضٍ [٢٦]إلى دَفْعِ ضَرَرِ الشَّهْوةِ عن المرأةِ كإفضائِه[٢٦] إلى دَفْعِ ذلك عن الرَّجلِ ، فيجبُ تعْليلُه بذلك ، ويكون النِّكاحُ حقًّا لهما جميعًا ، ولأنَّه لو لم يكُنْ لها فيه حقٌّ ، لمَا وجبَ استِئْذانُها في العَزْلِ ، كالأَمَةِ . إذا ثبتَ وجوبُه ، فهو مُقدَّرٌ بأرْبعةِ أشْهُرٍ . نَصَّ عليه أحمدُ . ووَجْهُه أنَّ اللهَ تعالى قدَّرَه بأربعةِ أشْهُرٍ في حقِّ المُولِى ، فكذلك في حَقِّ غيرِه ؛ لأنَّ اليَمِينَ لا تُوجِبُ ما حُلِفَ على تَرْكِه ، فيدُلُّ على أنَّه واجِبٌ بدونِها . فإن أصرَّ على تَرْكِ الوَطْءِ ، وطالَبتِ المرأةُ ، فقد رَوَى ابنُ منصورٍ ، عن أحمدَ ، في رجلٍ تزوَّجَ امرأةً ، ولم يدخُلْ بها ، يقول : غدًا أدخلُ بها ، غدًا أدخلُ بها . إلى شهرٍ ، هل يُجْبَرُ على الدُّخولِ ؟ فقال : أذْهَبُ إلى أربعةِ أشْهُرٍ ، إنْ دخلَ بها ، وإلَّا فُرِّقَ بينهما . فجعَله أحمدُ كالمُولِى . وقال أبو بكرِ بنُ جعفرٍ[٢٧] : لم يَرْوِ مسألةَ ابنِ منصورٍ غيرُه ، وفيها نَظَرٌ ، وظاهرُ قَوْلِ أصحابِنا أنَّه لا يُفرَّقُ بينهما لذلك ، وهو قولُ أكثرِ الفقهاءِ ؛ لأنَّه لو ضُرِبَتْ[٢٨] له المُدَّةُ لذلك ، وفُرِّقَ بينهما ، لم يكُنْ للإيلاءِ أثرٌ ، ولا خلافَ في اعْتبارِه .

فصل : وإن سافرَ عن امرأتِه لعذرٍ وحاجةٍ ، سقطَ حقُّها من القَسْمِ والوطءِ ، وإن طالَ سَفَرُه ، ولذلك لا يُفْسَخُ[٢٩] نِكاحُ المفْقودِ إذا تَرَكَ لامْرأتِه نَفَقةً . وإن لم يكُنْ له عذرٌ مانعٌ مِنَ الرُّجوعِ ، فإنَّ أحمدَ ذهبَ إلى تَوْقيتِه بستَّةِ أشْهُرٍ ، فإنَّه قيل له : كم يَغِيبُ الرَّجلُ عن زوجتِه ؟ قال : ستَّةَ أشْهُرٍ ، يُكتَبُ إليه ، فإنْ أبَى أنْ يرْجِعَ ، فرَّقَ الحاكمُ بينهما . وإنَّما صَارَ إلى تقديرِه بهذا الحديثِ عمرَ ، رواه أبو حفصٍ ، بإسنادِه عن زيدِ بنِ أسْلَمَ[٣٠] قال : بينا عمرُ بنُ الخطَّابِ يحرسُ / المدينةَ ، فمر بامرأةٍ في بيتِها وهي تقول : ١٥٣/٧و

(٢٦ – ٢٦) سقط من : الأصل .

(٢٧) أى : غلام الخلال عبد العزيز بن جعفر . وتقدم .

(٢٨) في ب ، م : « ضرب » .

(٢٩) في ب ، م : « يصح » .

(٣٠) أخرجه سعيد بن منصور ، في : باب الغازى يطيل الغيبة عن أهله . السنن ٢ / ١٧٤ ، كما أخرجه البيهقى مختصرا ، في : باب الإمام لا يُجمِّر بالغزىّ ، من كتاب السير . السنن الكبرى ٩ / ٢٩ .
=

تطَـاوَلَ هذا اللَّيْـلُ واسْوَدَّ جانِبُـهْ وطـالَ على أنْ لا خَليـلَ أُلاعِبُـهْ
وَواللهِ لولا خَشْيَـةُ اللهِ وحـــدَه لَحُـرِّكَ مِن هذا السَّرِيـرِ جَوانِبُـهْ

فسأل عنها عمرُ ، فقيل له : هذه فلانةٌ ، زوجُها غائبٌ فى سبيلِ اللهِ . فأرسلَ إليها امرأةً تكونُ معَها ، وبعثَ إلى زَوْجِها فأقْفَلَه ، ثم دخلَ على حَفْصةَ ، فقال : يا بُنَيَّةُ ، كم تصْبِرُ المرأةُ عن زوجِها ؟ فقالت : سبحانَ اللهِ ، مِثْلُك يسأَلُ مِثْلِى عن هذا ! فقال : لولا أنِّى أُرِيدُ النَّظَرَ للمسلمين ما سألْتُك . قالتْ : خمسة أشْهُرٍ ، ستَّة أشْهُرٍ . فوقَّتَ للنَّاسِ فى مَغازِيهم ستَّةَ أشْهُرٍ ؛ يَسيِرون شهرًا ، ويُقيمونَ أربعةً ، ويَسيِرونَ شهرًا راجعينَ . وسُئِلَ أحمدُ : كم للرَّجلِ أنْ يَغِيبَ عن أهلِه ؟ قال : يُرْوَى ستَّةُ أشهرٍ . وقد يَغِيبُ الرَّجلُ أكثرَ من ذلك لأمرٍ[31] لابُدَّ له ، فإن غابَ أكثرَ من ذلك لغيرِ عُذْرٍ ، فقـالَ بعضُ أصحابِنا : يُراسِلُه الحاكمُ ، فإنْ أبَى أنْ يَقْدَمَ ، فَسَخَ نِكاحَه. ومَن قال : لا يُفْسَخُ نِكاحُه إذا تَرَكَ الوَطْءَ وهو حاضرٌ ، فهٰهُنا أوْلى . وفى جميعِ ذلك ، لا يجوزُ الفَسْخُ عندَ مَن يَراهُ إلَّا بحُكْمِ حاكمٍ ؛ لأنَّه مُخْتلَفٌ فيه .

فصل : وسُئِلَ أحمدُ : يُؤْجَرُ الرَّجلُ أن يَأْتِىَ أهلَه وليس له شَهْوةٌ ؟ فقال : إى واللهِ ، يَحْتسِبُ الولَدَ . وإن لم يُرِدِ الولَدَ ؟ يقول : هذه امرأةٌ شابَّةٌ ، لِمَ لا يُؤْجَرُ ؟ وهذا صحيحٌ ، فإنَّ أبا ذَرٍّ رَوَى ، أنَّ رسولَ اللهِ ﷺ قال : « مُباضَعَتُكَ أَهْلَكَ صَدَقَةٌ » . قلتُ : يا رسولَ اللهِ أنُصِيبُ شَهْوتَنا ونُؤْجَرُ ؟ قال : « أَرَأَيْتَ لَوْ وَضَعَهُ فِى غَيْرِ حَقِّـهِ ، كَانَ عَلَيْهِ وِزْرٌ ؟ » قال : قلتُ : بلى . قال : « أَفَتَحْتَسِبُونَ بِالسَّيِّئَـةِ ، وَلَا تَحْتَسِبُـونَ بِالْخَيْرِ »[32] . ولأنَّه وَسِيلةٌ إلى الولدِ ، وإعْفافِ نفسِه وامرأتِه ، وغَضِّ بصرِه ، وسُكونِ

= وذكره ابن السبكى ، فى مقدمة الطبقات ، وقال : ليس فى شىء من الكتب الستة . طبقات الشافعية الكبرى ١ / ٢٨٤ .

(٣١) سقط من : الأصل .

(٣٢) فى حاشية ا : « بالحسنة » . والحديث أخرجه مسلم ، فى : باب بيان أن اسم الصدقة يقع على كل نوع من المعروف ، من كتاب الزكاة . صحيح مسلم ٢ / ٦٩٧ ، ٦٩٨ . وأبو داود ، فى : باب فى إماطة الأذى عن الطريق ، من كتاب الأدب . سنن أبى داود ٢ / ٦٥١ ، ٦٥٢ . والإمام أحمد ، فى : المسند ٥ / ١٥٤ ، ١٦٧ ، ١٧٨ .

نَفْسِه ، أو إلى بعضِ ذلك .

فصل : وليس عليه التَّسْوِيَةُ بين نسائِه فى النَّفَقةِ والكُسْوةِ إذا قامَ بالواجبِ لكلِّ واحدةٍ منهنَّ . قال أحمدُ ، فى الرَّجلِ له امرأتانِ : له أنْ يُفضِّلَ إحْداهما على الأُخْرَى فى النَّفقةِ والشَّهواتِ والسُّكْنَى[٣٣] ، إذا كانت الأُخْرَى فى كِفَايةٍ ، ويشْتَرِى لهذه أرْفَعَ من ثَوْبِ هذه ، وتكونُ تلك فى كِفايةٍ . وهذا لأنَّ التَّسْوِيَةَ فى هذا كلِّه تَشُقُّ ، فلو / وَجَبَ لم يُمْكِنْه القيامُ به إلَّا بحَرَجٍ ، فسقَطَ وُجوبُه ، كالتَّسْوِيةِ فى الوَطْءِ . ١٥٣/٧ظ

١٢٢٤ – مسألة ؛ قال : (وعِمَادُ الْقَسْمِ اللَّيْلُ)

لا خلافَ فى هذا ؛ وذلك لأنَّ اللَّيلَ للسَّكَنِ والإيواءِ ، يأْوِى فيه الإنْسانُ إلى مَنْزِله ، ويسكُنُ إلى أهْلِه ، وينامُ فى فراشِه مع زوجتِه عادةً ، والنَّهارَ للمَعاشِ ، والخُروجِ ، والتَّكسُّبِ ، والاشْتغالِ . قال اللهُ تعالى : ﴿ وَجَعَلَ ٱلَّيْلَ سَكَنًا ﴾[١] . وقال تعالى : ﴿ وَجَعَلْنَا ٱلَّيْلَ لِبَاسًا * وَجَعَلْنَا ٱلنَّهَارَ مَعَاشًا ﴾[٢] . وقال : ﴿ وَمِن رَّحْمَتِهِ جَعَلَ لَكُمُ ٱلَّيْلَ وَٱلنَّهَارَ لِتَسْكُنُواْ فِيهِ وَلِتَبْتَغُواْ مِن فَضْلِهِ ﴾[٣] . فعلَى هذا يَقْسِمُ الرَّجلُ بين نِسائِه ليلةً وليلةً ، ويكونُ فى النَّهارِ فى معاشِه ، وقضاءِ حُقوقِ النَّاسِ ، وما شاء ممَّا يُباحُ له ، إلَّا أن يكونَ ممَّن مَعاشُه باللَّيلِ ، كالحُرَّاسِ ومَن أشبهَهُم ، فإنَّه يقْسِمُ بين نسائِه بالنَّهارِ ، ويكونُ اللَّيلُ فى حقِّه كالنَّهارِ فى حقِّ غيرِه .

فصل : والنَّهارُ يدْخُلُ فى القَسْمِ تَبعًا للَّيلِ ؛ بدليلِ ما رُوِىَ أنَّ سَوْدةَ وهبَتْ يومَها لعائشةَ . مُتَّفَقٌ عليه[٤] . وقالتْ عائشةُ : قُبِضَ رسولُ اللهِ ﷺ فى بَيْتِى ، وفى

---

(٣٣) فى ب ، م : « والكسى » .

(١) سورة الأنعام ٩٦ .

(٢) سورة النبأ ١٠ ، ١١ .

(٣) سورة القصص ٧٣ .

(٤) أخرجه البخارى ، فى : باب المرأة تهب يومها من زوجها لضرتها وكيف يقسم ذلك ، من كتاب النكاح . صحيح =

يَوْمِى[٥] . وإنَّما قُبِض النَّبىُّ ﷺ نَهارًا . ويَتْبَعُ اليومُ اللَّيْلةَ الماضيةَ ؛ لأَنَّ[٦] النَّهارَ تابعٌ للَّيلِ ، ولهذا يكونُ أَوَّلُ الشَّهرِ اللَّيلَ ، ولو نذَرَ اعْتكافَ شهرٍ دخَلَ مُعتكَفَه قبلَ غُروبِ شمسِ الشَّهرِ الذى قبلَه ، ويَخْرُجُ منه بعدَ غُروبِ شمسِ آخرِ يومٍ منه ، فيَبْدأُ باللَّيلِ ، وإن أحبَّ أن يَجْعلَ النَّهارَ مُضافًا إلى اللَّيل الذى يتعقَّبُه جازَ ؛ لأَنَّ ذلك لا يَتفاوتُ .

فصل : وإن خرجَ من عندِ بعضِ نِسائِه فى زَمانِها ، فإنْ كان ذلك فى النَّهارِ أو أوَّلِ اللَّيلِ ، أو آخرِه الذى جرتِ العادةُ بالانتشارِ فيه ، والخروجِ إلى الصَّلاةِ ، جازَ ؛ فإنَّ المسلمِين يخْرُجونَ لصلاةِ العِشاءِ ، ولصلاةِ الفجرِ قبلَ طُلوعِه ، وأمَّا النَّهارُ ، فهو للمعاشِ والانْتِشارِ . وإن خرَجَ فى غيرِ ذلك ، ولم يلْبَثْ أنْ عادَ ، لم يَقْضِ لها ؛ لأنَّه لا فائدةَ فى قَضاءِ ذلك . وإن أقامَ ، قَضاهُ لها ، سواءٌ كانتْ إقامتُه لعُذْرٍ ؛ من شُغلٍ أو حَبْسٍ ، أو لغيرِ عُذْرٍ ؛ لأنَّ حقَّها قد فاتَ بغَيْبتِه عنها . وإنْ أحبَّ أن يجْعلَ قضاءَه لذلك غَيبتَه عن الأُخرَى ، مثلَ ما غابَ عن هذه ، جازَ ؛ لأنَّ التَّسويةَ تحْصُلُ بذلك ، ولأنَّه إذا جازَ له تَرْكُ الليلةِ بكمالِها فى حقِّ كلِّ واحدةٍ منهما ، فبعضُها أَوْلَى . ويُسْتحَبُّ أنْ يقْضِيَ لها فى مثلِ ذلك الوقتِ ؛ لأنَّه أبْلَغُ فى المُماثلةِ ، والقضاءُ تُعْتَبَرُ المُماثلةُ فيه ، كقَضاءِ / العباداتِ والحُقوقِ . وإنْ قَضاهُ فى غيرِه مِنَ اللَّيلِ ، مثل إنْ فاتَها فى أوَّلِ اللَّيلِ ، فقَضاه فى آخرِه ، أو مِن آخرِه ، فقَضاه فى[٧] أوَّلِه ، ففيه وَجْهانِ ؛ أحدُهما

١٥٤/٧ و

= البخارى ٧ / ٤٣ . ومسلم ، فى : باب جواز هبتها نوبتها لضرتها ، من كتاب الرضاع . صحيح مسلم ٢ / ١٠٨٥ .

كما أخرجه أبو داود ، فى : باب فى القسم بين النساء ، من كتاب النكاح . سنن أبى داود ١ / ٤٩٢ ، ٤٩٣ . وابن ماجه ، فى : باب المرأة تهب يومها لصاحبتها ، من كتاب النكاح . سنن ابن ماجه ١ / ٦٣٤ . والإمام أحمد ، فى : المسند ٦ / ١١٧ .

(٥) أخرجه البخارى ، فى : باب ما جاء فى بيوت أزواج النبى ﷺ وما نسب من البيوت إليهن ، من كتاب الخمس . صحيح البخارى ٤ / ٩٩ .

(٦) فى ب ، م : « ولأن » .

(٧) فى ا : « من » .

يجوزُ ؛ لأنَّه قد قضَى قدْرَ ما فاتَه مِنَ اللَّيلِ . والآخَرُ ، لا يجوزُ ؛ لعَدَمِ المُماثلةِ . إذا ثبَتَ هذا ، فإنَّه لا يُمْكِنُ قَضاؤُه كلّه مِن ليلةِ الأُخرَى ، لئلَّا يَفُوتَ حَقُّ الأُخْرَى ، فتحتاجَ إلى قَضاءٍ ، ولكن إمَّا أن ينْفرِدَ بنفسِه فى ليلةٍ ، فيَقْضِيَ منها ، وإمَّا أن يقْسِمَ ليلةً بينهُنَّ ، ويُفَضِّلُ هذه بقدْرِ ما فاتَ مِن حقِّها ، وإمَّا أن يتْرُكَ من ليلةِ كلِّ واحدةٍ مثلَ ما فاتَ مِن ليلةِ هذه ، وإمَّا أن يقْسِمَ المَتْرُوكَ بينهما ، مثل أن يتْرُكَ من ليلةِ إحداهُما ساعتَيْنِ ، فيَقْضِيَ لها مِن ليلةِ الأُخْرَى ساعةً واحدةً ، فيصيرَ الفائتُ على كلِّ واحدةٍ منهما ساعةً .

فصل : وأمَّا الدُّخولُ على ضَرَّتِها فى زمنِها ، فإن كان ليلًا لم يَجُزْ إلَّا لضَرُورةٍ ، مثل أن تكونَ منزولًا بها ، فيُرِيدُ أن يحْضُرَها ، أو تُوصِي إليه ، أو مالا بُدَّ منه ، فإن فعلَ ذلك ، ولم يلْبَثْ أن خَرجَ ، لم يَقْضِ . وإن أقامَ وبَرَأَتِ المرأةُ المريضةُ ، قضَى للأُخْرَى مِن ليلتِها بقَدْرِ ما أقامَ عندَها . وإنْ خَرجَ لحاجةٍ غيرِ ضَرُورِيَّةٍ ، أَثِمَ . والحكمُ فى القضاءِ ، كما لو دخلَ لضرورةٍ ، (8)إن لم يلْبَثْ أن خرج ، لم يَقْضِ(8) ؛ لأنَّه لا فائدةَ فى قَضاءِ اليَسِيرِ . وإن دخلَ عليها ، فجامعَها فى زمنٍ يَسِيرٍ ، ففيه وَجْهانِ ؛ أحدهما ، لا يلْزَمُه قضاؤُه ؛ لأنَّ الوَطْءَ لا يُستَحَقُّ فى القَسْمِ ، والزَّمنُ اليَسِيرُ لا يُقْضَى . والثانى ، يلزمُه أن يقضِيَه ، وهو أن يدْخُلَ على المظْلومةِ فى ليلةِ المُجامعةِ ، فيُجامِعَها ، ليَعْدِلَ بينَهما ، ولأنَّ اليَسِيرَ مع الجِماعِ يحْصُلُ به السَّكَنُ ، فأشْبَهَ الكثيرَ . وأمَّا الدُّخولُ فى النَّهارِ إلى المرأةِ فى يومِ غيرِها ، فيجوزُ للحاجةِ ، من دَفْعِ النَّفقةِ ، أو عِيادةٍ ، أو سُؤالٍ عن أمرٍ يَحْتاجُ إلى معرفتِه ، أو زيارتِها لبُعْدِ عهدِه بها ، ونحو ذلك ؛ لما رَوَتْ عائشةُ ، قالت : كان رسولُ اللهِ ﷺ يدْخُلُ علىَّ فى يومِ غيرِى ، فينالُ منِّى كلَّ شىءٍ إلَّا الجماعَ(9) . وإذا دخلَ إليها لم

(8-8) سقط من : ا ، ب ، م .

(9) أخرج أبو داود نحوه ، فى : باب فى القسم بين النساء ، من كتاب النكاح . سنن أبى داود 1 / 492 . وانظر : إرواء الغليل 7 / 87 .

يُجامعْها ،ولم يُطِلْ عندَها ؛ لأنَّ السَّكَنَ يحصُلُ بذلك ، وهى لا تستحِقُّه ، وفى الاسْتِمْتاعِ منها بما دونَ الفرجِ وَجْهانِ ؛ أحدُهما ، يجوزُ ؛ لحديثِ عائشةَ . والثانى ، لا يجوزُ ؛ لأنَّه يحْصُلُ لها به السَّكَنُ ، فأشْبَهَ الجماعَ . فإنْ أطالَ المُقَامَ عندَها ، قَضَاهُ . وإن جامعَها فى الزَّمنِ اليَسِيرِ / ، ففيه وَجْهانِ على ما ذكَرْنا . ومذهبُ الشَّافعيِّ على نحوِ ما ذكَرْنا ، إلَّا أنَّهم قالوا : لا يَقْضِى إذا جامعَ فى النَّهارِ . ولَنا ، أنَّه زمنٌ يقضِيه إذا طال[10] المُقامُ ، فيَقْضِيه إذا جامعَ فيه ، كاللَّيلِ .

٧٠/١٥٤ظ

فصل : والأَوْلَى أن يكونَ لكلِّ واحدةٍ منهُنَّ مَسْكَنٌ يأْتيها فيه ؛ لأنَّ رسولَ اللهِ ﷺ كان يَقْسِمُ هكذا ، ولأنَّه أَصْوَنُ لهنَّ وأسْتَرُ ، حتى لا يَخْرُجْنَ مِن بُيوتِهنَّ . وإنِ اتَّخذَ لنفسِه مَنْزِلًا يَسْتَدْعِى إليه كلَّ واحدةٍ منهنَّ فى لَيْلتِها ويومِها ، كان له ذلك ؛ لأنَّ للرَّجلِ نَقْلَ زَوْجتِه حيثُ شاءَ ، ومَن امتنعتْ منهُنَّ من إجابتِه ، سقَطَ حقُّها مِنَ القَسْمِ ؛ لنُشُوزِها . وإن اخْتارَ أن يقْصِدَ بعضَهنَّ فى مَنازلِهنَّ ، ويَسْتدعِىَ البعضَ ، كان له ذلك ؛ لأنَّ له أنْ يُسْكِنَ كلَّ واحدةٍ منهنَّ حيثُ شاءَ . وإنْ حُبِسَ الزَّوجُ ، فأحبَّ القَسْمَ بين نسائِه ، بأن يَسْتَدْعِىَ كلَّ واحدةٍ فى ليلتِها ، فعليهنَّ طاعتُه ، إن كان ذلك سُكْنَى مِثْلِهنَّ ، وإن لم يكُنْ ، لم تلزَمْهُنَّ إجابتُه ؛ لأنَّ عليهنَّ فى ذلك ضَرَرًا . وإن أَطْعنَه ، لم يكُنْ له أن يتْرُكَ العدلَ بينهنَّ ، ولا اسْتِدْعاءُ بعضِهِنَّ دُونَ بعضٍ ، كما فى غيرِ الحَبْسِ .

١٢٢٥ – مسألة ؛ قال : (وَلَوْ وَطِئَ زَوْجَتَهُ ، وَلَمْ يَطَأِ الأُخْرَى ، فَلَيْسَ بِعَاصٍ)

لا نعلمُ خلافًا بينَ أهلِ العلمِ ، فى أنَّه لا تجبُ التَّسْوِيةُ بينَ النِّساءِ فى الجماعِ ، وهو مذهبُ مالكٍ ، والشَّافعيِّ ؛ وذلك لأنَّ الجماعَ طريقُه الشَّهْوةُ والمَيْلُ ، ولا سَبيلَ إلى التَّسْوِيةِ بينهنَّ فى ذلك ، فإنَّ قلبَه قد يَمِيلُ إلى إحداهُما دونَ الأُخْرَى ، قال اللهُ تعالى : ﴿ وَلَن تَسْتَطِيعُوٓاْ أَن تَعْدِلُواْ بَيْنَ ٱلنِّسَآءِ وَلَوْ حَرَصْتُمْ ﴾[1] . قال عَبِيدَةُ السَّلْمانِيُّ : فى

---

(١٠) فى ا : « أطال » .

(١) سورة النساء ١٢٩ .

الحُبِّ والجِماعِ . وإن أمْكَنتِ التَّسْوِيَةُ بينهما فى الجِماعِ ، كان أحْسنَ وأوْلَى ؛ فإنَّه أبْلغُ فى العَدْلِ ، وقد كان النَّبىُّ ﷺ يقْسِمُ بينهنَّ فيَعْدِلُ ، ثم يقولُ : « اللَّهُمَّ هَذَا قَسْمِى فِيمَا أَمْلِكُ ، فَلَا تَلُمْنِى فِيمَا لَا أَمْلِكُ »[2] . ورُوِىَ أنَّه كان يُسَوِّى بينهنَّ حتى فى القُبَلِ[3] . ولا تجبُ التَّسْوِيَةُ بينهنَّ فى الاسْتِمْتاعِ فيما[4] دونَ الفَرْجِ ؛ مِنَ القُبَلِ ، واللَّمْسِ ، ونحوِهما ؛ لأنَّه إذا لم تجبِ التَّسْوِيَةُ بينهُنَّ[5] فى الجماعِ ، ففى دَواعِيه أوْلَى .

١٢٢٦ – مسألة ؛ قال : (وَيَقْسِمُ لِزَوْجَتِهِ الْأَمَةِ لَيْلَةً ، وَلِلْحُرَّةِ لَيْلَتَيْنِ ، وَإِنْ كَانَتْ كِتَابِيَّةً)

وبهذا قال علىُّ بنُ أبى طالبٍ ، وسعيدُ بنُ المسيَّبِ ، ومَسْروقٌ ، والشَّافعىُّ ، / وإسحاقُ ، وأبو عُبَيْدٍ . وذكر أبو عُبيدٍ أنَّه مذهبُ الثَّوْرِىِّ ، والأوْزَاعىِّ ، وأهلِ الرَّأْىِ . وقال مالكٌ ، فى إحدى الرِّوايتَيْنِ عنه : يُسَوِّى بينَ الحُرَّةِ والأَمَةِ فى القَسْمِ ؛ لأنَّهما سَواءٌ فى حقوقِ النِّكاحِ ؛ مِنَ النَّفقةِ ، والسُّكْنَى ، وقَسْمِ الابتداءِ ، كذلك هٰهُنا . ولنا ، ما رُوِىَ عن علىٍّ ، رَضِىَ اللهُ عنه ، أنَّه كان يقول : إذا تزوَّجَ الحُرَّةَ على الأَمَةِ ، قسَمَ للأَمَةِ ليلةً وللحُرَّةِ ليلتَيْنِ . روَاه الدَّارَقُطْنِىُّ[1] ، واحْتَجَّ به أحمدُ . ولأنَّ الحُرَّةَ يجبُ تسْليمُها ليلًا ونهارًا ، فكان حظُّها أكثرَ فى الإيوَاءِ ، ويُخالِفُ النَّفقةَ والسُّكْنَى ، فإنَّه مُقدَّرٌ بالحاجةِ ، وحاجتُها إلى ذلك كحاجةِ الحُرَّةِ . وأمَّا قَسْمُ الابْتِداءِ ، فإنَّما شُرِعَ ليزُولَ الاحْتِشامُ مِن كلِّ واحدٍ منهما من صاحبِه ، ولا يخْتلِفانِ فى ذلك ، وفى مسْألتِنا يَقْسِمُ لهما لتَساوِى حظِّهما .

---

(٢) تقدم تخريجه فى صفحة ٢٣٥ .

(٣) أخرجه ابن أبى شيبة ، موقوفا ، عن جابر بن زيد ، فى : باب ما قالوا فى العدل بين النسوة إذا اجتمعن ومن كان يفعله ، من كتاب النكاح . المصنف ٤ / ٣٨٧ .

(٤) فى ا ، ب ، م : « بما » .

(٥) سقط من : ا ، ب ، م .

(١) فى : باب المهر ، من كتاب النكاح . سنن الدارقطنى ٣ / ٢٨٥ .

فصل : والمسلمةُ والكِتابيَّةُ سَواءٌ فى القَسْمِ ، فلو كانتْ[2] له امرأتانِ ، أَمَةٌ مسلمةٌ ، وحُرَّةٌ كتابيَّةٌ ، قسَمَ للأمَةِ ليلةً وللحُرَّةِ ليلتَيْنِ ، وإن كانَتا جميعًا حُرَّتَيْنِ ، فليلةٌ وليلةٌ . قال ابنُ المنذرِ : أجْمَعَ كلُّ مَن نحْفظُ عنه مِن أهلِ العلمِ ، على أنَّ القَسْمَ بينَ المسلمةِ والذِّمِّيَّةِ سَواءٌ . كذلك قال سعيدُ بن المُسَيَّبِ ، والحسنُ ، والشَّعْبِىُّ ، والنَّخَعِىُّ ، والزُّهْرِىُّ ، والحَكَمُ ، وحَمَّادُ ، ومالكٌ ، والثَّورِىُّ ، والأوْزاعِىُّ ، والشَّافعِىُّ ، وأصحابُ الرَّأْىِ ؛ وذلك لأنَّ القَسْمَ مِن حُقوقِ الزَّوجِيَّةِ ، فاسْتَوتْ فيه المُسلمةُ والكِتابيَّةُ ، كالنَّفقةِ والسُّكْنَى . ويُفارقُ[3] الأمَةَ ؛ لأنَّ الأمَةَ لا يتمُّ تسْليمُها ، ولا يحْصُلُ لها الإيواءُ التَّامُّ ، بخلافِ الكِتابيَّةِ .

فصل : فإن أُعْتِقَتِ الأمَةُ فى أثْناءِ مُدَّتِها ، أضافَ إلى ليلتها ليلةً أُخْرَى ، لتُساوِىَ الحُرَّةَ ، وإنْ كان بعدَ انْقضاءِ مُدَّتِها ، استُؤْنِفَ القَسْمُ مُتَساوِيًا ، ولم يَقْضِ لها ما مَضَى ؛ لأنَّ الحُرِّيَّةَ حصَلَتْ بعدَ اسْتِيفاءِ حَقِّها . وإنْ عَتَقتْ ، وقد قَسَمَ للحُرَّةِ ليلةً ، لم يَزِدْها على ذلك ؛ لأنَّهما تَساوَيا ، فيُسَوِّى بينهما .

فصل : والحقُّ فى القَسْمِ للأمَةِ دُونَ سيِّدِها ، فلها أنْ تَهَبَ ليلتَها لزَوْجِها ، ولبَعْضِ ضَرائرِها ، كالحُرَّةِ ، وليس لسَيِّدِها الاعْتراضُ عليها ، ولا أن يَهبَه دُونَها ؛ لأنَّ الإيواءَ والسَّكَنَ حقٌّ لها دونَ سيِّدِها ، فملَكتْ إسْقاطَه . وذكرَ القاضى ، أنَّ قياسَ قولِ أحمدَ : إنَّه يَستأذِنُ سيِّدَ الأمَةِ فى العَزْلِ عنها . / أنْ لا تجوزَ هِبَتُها لحقِّها من القَسْمِ إلَّا بإذْنِه . ولا يصحُّ هذا ؛ لأنَّ الوطْءَ لا يتناوَلُه القَسْمُ ، فلم يكُنْ للولىِّ فيه حَقٌّ ، ولأنَّ المُطالبة بالفَيْئةِ للأمَةِ دونَ سيِّدِها ، وفَسْخُ النِّكاحِ بالجَبِّ والعُنَّةِ لها دونَ سيِّدِها ، فلا وَجْهَ لإثباتِ الحقِّ له هٰهُنا .

١٥٥/٧ ظ

فصل : ولا قَسْمَ على الرَّجُلِ فى مِلْكِ يَمِينِه ، فمَنْ كان له نِساءٌ وإماءٌ ، فله الدُّخولُ

---

(٢) فى ب ، م : « كان » .

(٣) فى ا : « وفارق » .

على الإماءِ كيف شاءَ ، والاسْتِمْتاعُ بهنَّ إن شاءَ كالنِّساءِ ، وإن شاءَ أقلَّ ، وإن شاء أكثرَ ، وإن شاء سَاوَى بين الإماءِ ، وإن شاء فضَّلَ ، وإن شاء اسْتَمْتَعَ مِن بَعْضِهِنَّ دُونَ بعضٍ ؛ بدليلِ قولِ اللهِ تعالى : ﴿ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تَعْدِلُوا فَوَاحِدَةً أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ ﴾[4] . وقد كان للنَّبِيِّ ﷺ ماريَّةُ القِبْطِيَّةُ ، ورَيْحانةُ ، فلم يكُنْ يقْسِمُ لهما . ولأنَّ الأَمَةَ لا حَقَّ لها فى الاسْتِمْتاعِ ، ولذلك لا يَثْبُتُ لها الخِيارُ بكَوْنِ السَّيِّدِ مَجْبُوبًا أو عِنِّينًا ، ولا تُضْرَبُ لها مُدَّةُ الإيلاءِ ، لكنْ إنِ احتاجتْ إلى النِّكاحِ ، فعليه إعْفافُها ، إمَّا بوَطْئِها ، أو تَزْويجِها ، أو بَيْعِها .

فصل : ويقْسِمُ بين نسائِه ليلةً ليلةً ، فإنْ أحبَّ الزِّيادةَ على ذلك ، لم يَجُزْ إلَّا برضَاهُنَّ . وقال القاضى : له أنْ يقْسِمَ ليلتَيْنِ ليلتين ، وثلاثًا ثلاثًا . ولا تجوزُ الزِّيادةُ على ذلك إلَّا برضاهُنَّ . والأَوْلَى مع هذا ليلةٌ وليلةٌ ؛ لأنَّه أقْرَبُ لعَهْدِهِنَّ به ، وتجوزُ الثلاثُ لأنَّها فى حدِّ القِلَّةِ ، فهى كاللَّيلةِ ، وهذا مذهبُ الشَّافعىِّ . ولَنا ، أنَّ النَّبِىَّ ﷺ إنَّما قسَمَ ليلةً وليلةً ، ولأنَّ التَّسْوِيَةَ واجبةٌ ، وإنَّما [5] جُوِّزَ بالبدايةِ [5] بواحدةٍ ، لتعذُّرِ الجَمْعِ ، فإذا بات عندَ واحدةٍ ليلةً ، تعيَّنتِ اللَّيلةُ الثانيةُ حقًّا للأُخْرَى ، فلم يَجُزْ جَعْلُها للأُولَى بغيرِ رِضَاها ، ولأنَّه تأْخيرٌ لحقُوقِ بعْضِهنَّ ، فلم يَجُزْ بغيرِ رضاهُنَّ ، كالزِّيادةِ على الثَّلاثِ ، ولأنَّه إذا كان له أربعُ نسوةٍ ، فجعلَ لكلِّ واحدةٍ ثلاثًا ، حصَلَ تأْخيرُ الأخيرةِ فى تسعِ ليالٍ ، وذلك كثيرٌ ، فلم يجُزْ ، كما لو كان له امرأتانِ ، فأرادَ أنْ يجعلَ لكلِّ واحدةٍ تسعًا ، ولأنَّ للتَّأْخيرِ آفاتٌ ، فلا يجوزُ مع إمْكانِ التَّعْجيلِ بغيرِ رِضَى المُسْتَحِقِّ ، كتأْخيرِ الدَّيْنِ الحالِّ ، والتَّحْديدُ بالثَّلاثِ تَحَكُّمٌ لا يُسْمَعُ مِن غيرِ دليلٍ ، وكونُه فى حَدِّ القِلَّةِ لا يُوجِبُ جوازَ تأْخيرِ الحقِّ ، كالديونِ الحالَّةِ وسائرِ الحقوقِ .

فصل : فإنْ قَسَمَ لإحْداهما ، ثم طلَّقَ الأُخْرَى قبلَ قَسْمِها ، أثِمَ ؛ لأنَّه فوَّتَ حقَّها

---

(٤) سورة النساء ٣ .

(٥ - ٥) فى ب ، م : « جوزت البداءة » .

الواجبَ لها ، فإنْ عادت إليه ، / برَجْعَةٍ[٦] أو نِكَاحٍ ؛ قَضَى لها ؛ لأنَّه قدَرَ على إيفاءِ حقِّها ، فلَزِمَه ، كالمُعْسِرِ إذا أيْسَرَ بالدَّيْنِ . فإن قَسَمَ لإحْداهما ، ثم جاء ليَقْسِمَ للثانيةِ ، فأغْلَقتِ البابَ دُونَه ، أو منَعتْه من الاسْتِمْتاعِ بها ، أو قالتْ : لا تدخُلْ علَىَّ ، أو لا تَبِتْ عندى . أو ادَّعَتِ الطَّلاقَ ، سَقَطَ حقُّها من القَسْمِ . فإن عادتْ بعدَ ذلك إلى المُطاوَعةِ ، استأْنَفَ القَسْمَ بينهما ، ولم يَقْضِ للنَّاشزِ[٧] ؛ لأنَّها أسْقَطتْ حَقَّ نفسِها . وإنْ كان له أرْبَعُ نِسْوةٍ ، فأقام عندَ ثلاثٍ منهُنَّ ثلاثين ليلةً ، لَزِمَه أن يُقيمَ عندَ الرَّابعةِ عشرًا ؛ لتُساوِيهِنَّ ، فإن نشَزتْ إحْداهُنَّ عليه[٨] ، وظَلَمَ واحدةً فلم يَقْسِمْ لها ، وأقام عندَ الاثنَيْنِ ثلاثينَ ليلةً ، ثُمَّ أطاعتْه النَّاشِزُ ، وأراد القضاءَ للمظْلومةِ ، فإنَّه يَقْسِمُ لها ثلاثًا ، وللنَّاشزِ ليلةً ، خمسةَ أدوارٍ ، فيُكْمِلُ للمظلومةِ خَمْسَ عشرةَ ليلةً ، ويحصُلُ للناشزِ خَمْسٌ ، ثم يستأْنِفُ القَسْمَ بينَ الجميعِ ، فإنْ كان له ثلاثُ نِسْوةٍ ، فقَسَمَ بين اثنتَيْنِ ثلاثينَ ليلةً ، وظلَمَ الثالثةَ ، ثم تزوَّج جديدةً ، ثم أرادَ أنْ يقْضِىَ للمظلومةِ ، فإنَّه يَخُصُّ الجديدةَ بسَبْعٍ إنْ كانت بِكرًا ، وثلاثٍ إن كانت ثَيِّبًا ؛ لِحَقِّ العَقْدِ ، ثم يَقْسِمُ بينها وبين المظْلومةِ خمسةَ أدْوارٍ ، على ما قدَّمْنا للمظْلومةِ مِن كلِّ دورٍ ثلاثًا ، وواحدةً للجديدةِ .

فصل : فإن كانت[٩] امرأتاه فى بلدَيْنِ ، فعليه العَدْلُ بينهما ؛ لأنَّه اختارَ المُباعدةَ بينهما ، فلا يَسْقطُ حقُّهُما عنه بذلك ، فإمَّا أن يمْضِىَ إلى الغائبةِ فى أيَّامِها ، وإمَّا أن يُقْدِمَها إليه ، ويجْمَعَ بينهما فى بلدٍ واحدٍ ، فإنِ امتنعتْ مِنَ القُدومِ معَ الإمكانِ ، سقَطَ حقُّها لنُشوزِها . وإن أحبَّ القَسْمَ بينهما فى بلدَيْهما ، لم يُمْكِنْ أن يَقْسِمَ ليلةً وليلةً ، فيجعلُ المُدَّةَ بحَسَبِ ما يُمْكِنُ ، كشَهْرٍ وشهرٍ ، أو أكثر ، أو أقلّ ، على حَسَبِ ما يُمْكِنُه ، وعلى حسَبِ تَقارُبِ البلدَيْنِ وتَباعُدِهما .

---

(٦) فى ب ، م : « رجعة » .

(٧) فى ب ، م : « الناشز » .

(٨) سقط من : ا .

(٩) فى ب ، م : « كان » .

فصل : ويجوزُ للمرأةِ أن تَهَبَ حقَّها مِنَ القَسْمِ لزوجِها ، أو لبعضِ ضَرائِرِها ، أو لَهُنَّ جميعًا ، ولا يجوزُ إلا برِضَى الزَّوجِ ؛ لأنَّ حقَّه فى الاسْتِمْتاعِ بها لا يسْقُطُ إلَّا برِضَاه ، فإذا[10] رَضِيتْ هى والزَّوجُ جازَ ؛ لأنَّ الحقَّ فى ذلك لهما ، لا يَخرُجُ عنهما ، فإن أبَتِ المَوْهُوبةُ قَبُولَ الهبةِ ، لم يكُنْ لها ذلك ؛ لأنَّ حقَّ الزَّوْجِ فى الاسْتِمْتاعِ بها ثابتٌ فى كلِّ وقتٍ ، إنَّما منَعتْه المُزاحَمةُ بحقِّ صاحبتِها ، فإذا زالتِ المُزاحَمةُ بهِبَتِها ، ثبتَ حقُّه فى الاسْتِمْتاعِ بها ، وإن كرهتْ ، كما لو كانت / مُنْفرِدةً . وقد ثبتَ أنَّ سَوْدَةَ وهَبتْ يومَها لعائشةَ ، فكان رسولُ اللهِ ﷺ يَقْسِمُ لعائشةَ يومَها ويومَ سودةَ . مُتَّفَقٌ عليه[11] . ويجوزُ ذلك فى جميعِ الزَّمانِ وفى بعضِه ، فإنَّ سَوْدَةَ وهبتْ يومَها فى جميعِ زَمانِها . ورَوَى ابنُ ماجَه[12] ، عن عائشةَ ، أنَّ رسولَ اللهِ ﷺ وَجَدَ على صَفِيَّةَ بنتِ حُيَىٍّ فى شىءٍ ، فقالت صَفِيَّةُ لعائشةَ : هل لكِ أنْ تُرْضِى عَنِّى[13] رسولَ اللهِ ﷺ ولكِ يَوْمِى ؟ فأخذتْ خِمَارًا مَصْبُوغًا بزَعْفَرانٍ ، فَرَشَّتْهُ لِيَفُوحَ رِيحُهُ ، ثم اخْتَمَرتْ به ، وقَعَدَتْ إلى جَنْبِ النَّبِىِّ ﷺ ، فقالَ رسولُ اللهِ ﷺ : « إلَيْكِ يَا عَائِشَةُ ، إنَّهُ لَيسَ يَوْمَكِ » . قالت : ذلك فَضْلُ اللهِ يُؤْتيه مَنْ يشاءُ . فأخْبَرتْه بالأمْرِ ، فَرَضِىَ عنها . فإذا ثبتَ هذا ، فإن وهَبتْ ليلتَها لجميعِ ضَرائِرِها ، صار القَسْمُ بينهنَّ كما لو طلَّقَ الواهِبَةَ . وإن وهَبَتْها للزَّوجِ ، فله جَعْلُه[14] لمن شاءَ ؛ لأنَّه لا ضَررَ على الباقياتِ فى ذلك ، إن شاءَ جعلَه للجميعِ ، وإن شاءَ خَصَّ بها واحدةً منهُنَّ ، وإن شاءَ جعلَ لبعْضِهِنَّ فيها أكثرَ مِن بعضٍ . وإن وهَبتْها لواحدةٍ منهنَّ[15] كفِعْلِ سَوْدَةَ ، جازَ . ثم إن كانت تلك الليلةُ تَلِى ليلةَ المَوْهُوبةِ ، وَالَى بينهما ، وإن كانت لا تلِيهَا ، لم يجُزْ له المُوَالاةُ بينهما ، إلَّا برِضَى

١٥٦/٧ظ

---

(١٠) فى الأصل : « فإن » .

(١١) تقدم تخريجه فى صفحة ٢٤٢ .

(١٢) فى : باب المرأة تهب يومها لصاحبتها ، من كتاب النكاح . سنن ابن ماجه ١ / ٦٣٤ .

(١٣) فى الأصل : « على » .

(١٤) فى ا ، ب ، م : « جعلها » .

(١٥) سقط من : الأصل ، ا .

الباقياتِ ، ويجعلُها لها فى الوقتِ الذى كان للواهِبَةِ ؛ لأنَّ الموهُوبةَ قامت مَقامَ الواهبةِ فى لَيْلتِها ، فلم يجُزْ تغْيِيرُها عن مَوْضعِها ، كما لو كانت باقيةً للواهبةِ ، ولأنَّ فى ذلك (١٦) تأخيرًا لِحَقِّ (١٦) غيرِها ، وتغييرًا لليلتِها بغيرِ رِضَاها ، فلم يجُزْ . وكذلك الحُكْمُ إذا وَهَبتْها للزَّوجِ ، فآثَرَ بها امرأةً منهُنَّ بعَيْنِها . وفيه وَجْهٌ آخرُ ، أنَّه يجوزُ الموالاةُ بين الليلتَيْنِ ؛ لعدَمِ الفائدةِ فى التَّفريقِ . والأوَّلُ أصحُّ ، وقد ذكَرْنا فيه فائدةً ، فلا يجوزُ اطِّرَاحُها . ومتى رجَعتِ الواهبةُ فى لَيْلتِها ، فلها ذلك فى المُسْتَقْبَلِ ؛ لأنَّها هِبَةٌ لم تُقْبَضْ ، وليس لها الرُّجوعُ فيما مَضى ؛ لأنَّه بمنزلةِ المَقْبوضِ . ولو رجَعتْ فى بعضِ اللَّيلِ ، كان على الزَّوجِ أن ينتقلَ إليها ، فإنْ لم يعْلَمْ حتى أتمَّ اللَّيلةَ ، لم يَقْضِ (١٧) لها شيئًا ؛ لأنَّ التَّفْريطَ منها .

فصل : فإن بذَلتْ ليلتَها بمالٍ ، لم يَصِحَّ ؛ لأنَّ حقَّها فى كَوْنِ الزَّوجِ عندَها ، وليس ذلك بمالٍ ، فلا يجُوزُ مُقابلتُه بمالٍ ، فإذا أخذتْ عليه مالًا ، لزِمَها رَدُّه ، وعليه أن يقْضِىَ لها ؛ لأنَّها تركَتْه بشَرْطِ العِوَضِ ، ولم يَسْلَمْ لها ، وإن كان عِوَضُها غيرَ المالِ ، مثلَ إرْضاءِ زَوْجِها ، أو غيرِه / عنها ، جازَ ؛ فإنَّ عائشةَ أرْضَتْ رسولَ اللهِ ﷺ عن صَفِيَّةَ ، وأخَذتْ يومَها ، وأخبرتْ بذلك رسولَ اللهِ ﷺ ، فلم يُنْكِرْهُ . ١٥٧/٧و

١٢٢٧ ـ مسألة ؛ قال : (**وَإذَا سَافَرَتْ زَوْجَتُهُ بِإذْنِهِ ، فَلَا نَفَقَةَ لَهَا ، وَلَا قَسْمَ ، وَإنْ كَانَ هُوَ أشْخَصَهَا ، فَهِىَ عَلَى حَقِّهَا مِنْ ذَلِكَ**)

وجملةُ الأمرِ أنَّها إذا سافرتْ فى حاجتِها ، بإذْنِ زَوْجِها ، لتجارةٍ لها ، أو زيارةٍ ، أو حَجِّ تطَوُّعٍ ، أو عُمْرةٍ (١) ، لم يَبْقَ لها حَقٌّ فى نَفقةٍ ولا قَسْمٍ . هكذا ذكر الخِرَقِىُّ ،

(١٦ – ١٦) فى ا ، ب ، م : « تأخير حق » .

(١٧) فى ا ، ب ، م : « يقبض » .

(١) سقط من : الأصل .

والقاضى . وقال أبو الخَطَّابِ : فى ذلك وَجْهانِ . وللشَّافعىِّ فيه قَوْلانِ ؛ أحدُهما ، لا يَسقطُ حقُّها ؛ لأنَّها سافَرتْ بإذْنِه ، أشْبَهَ ما لو سافَرتْ معَه . ولَنا ، أنَّ القَسْمَ للأُنْسِ ، والنَّفقةَ للتَّمْكينِ من الاسْتِمْتاعِ ، وقد تعذَّرَ ذلك بسبَبٍ من جِهَتِها ، فسقَطَ ، كما لو تعذَّرَ ذلك قبلَ دُخولِه بها . وفارَقَ ما إذا سافَرتْ معَه ؛ لأنَّه لم يتعذَّرْ ذلك . ويَحْتَمِلُ أن يسْقُطَ القَسْمُ ، وجهًا واحدًا ؛ لأنَّه لو سافرَ عنها لَسقطَ قَسْمُها ، والتَّعذُّرُ مِن جهَتِه ، فإذا تعذَّرَ من جهتِها بسَفَرِها ، كان أوْلَى ، ويكونُ فى النَّفقةِ الوَجْهانِ[2] . وفى هذا تَنْبيهٌ على سُقوطِهما إذا سافَرتْ بغيرِ إذنِه ، فإنَّه إذا سقَطَ حقُّها من ذلك لعَدَمِ التَّمْكينِ بأمرٍ ليس فيه نُشوزٌ ولا مَعْصِيَةٌ ، فَلأَنْ يَسْقُطَ بالنُّشوزِ والمعصيةِ أوْلَى . وهذا لا خلافَ فيه نعْلمُه . فأمَّا إنْ أشْخَصَها[3] ، وهو أن[4] يبعثَها لحاجتِه ، أو يأمرَها بالنُّقْلَةِ مِن بلدِها ، لم يَسْقُطْ حقُّها من نَفقةٍ ولا قَسْمٍ ؛ لأنَّها لم تُفَوِّتْ عليه التَّمْكِينَ ، ولا فاتَ مِن جهَتِها ، وإنَّما حصَلَ بتَفْويتِه ، فلم يَسْقُطْ حقُّها ، كما لو أتْلَفَ المُشْترِى المبيعَ ، لم يَسْقُطْ حقُّ البائعِ من تسْليمِ ثمنِه إليه . فعلَى هذا ، يَقْضِى لها بحَسَبِ ما أقام عندَ ضَرَّتِها . وإن سافرتْ معَه ، فهى على حقِّها منهما جميعًا .

١٢٢٨ – مسألة ؛ قال : (وَإِذَا أَرَادَ سَفَرًا ، فَلَا يَخْرُجُ مَعَهُ مِنْهُنَّ إِلَّا بِقُرْعَةٍ ، فَإِذَا قَدِمَ ابْتَدَأَ الْقَسْمَ بَيْنَهُنَّ)

وجملتُه أنَّ الزَّوْجَ إذا أرادَ سفرًا ، فأحَبَّ حَمْلَ نسائِه معَه كلِّهِنَّ ، أو تَرْكَهُنَّ كُلَّهُنَّ ، لم يَحْتَجْ إلى قُرْعةٍ ؛ لأنَّ القُرْعةَ لتعْيينِ المخْصُوصةِ منهُنَّ بالسَّفرِ ، وههُنا قد سَوَّى ، وإن أرادَ السَّفَرَ ببعْضِهِنَّ ، لم يَجُزْ له أن يُسافِرَ بها إلَّا بقُرْعةٍ . وهذا قولُ أكثرِ أهلِ العلمِ .

---

(٢) فى ا : « وجهان » .

(٣) فى ب ، م : « شخصها » .

(٤) سقط من : ا ، ب ، م .

وحُكِىَ عن مالكٍ ، أنَّ له ذلك مِن غيرِ قُرْعةٍ . وليس بصَحِيحٍ ، فإنَّ عائشةَ رَوَتْ أنَّ النَّبىَّ ﷺ كان / إذا أرادَ سفرًا ، أقْرَعَ بين نِسائِه ، وأيَّتُهُنَّ خَرَجَ سَهْمُها ، خرَجَ بها معَه . مُتَّفَقٌ عليه[1] . ولأنَّ فى المُسافَرةِ ببَعْضِهِنَّ من غيرِ قُرْعةٍ تفضيلًا لها ، ومَيْلًا إليها ، فلم يَجُزْ بغيرِ قُرْعةٍ ، كالبدايةِ بها فى القَسْمِ . وإن أحَبَّ المُسافرةَ بأكثرَ من واحدةٍ ، أقْرَعَ أيضًا ، فقد رَوَتْ عائشةُ ، أنَّ النَّبىَّ ﷺ ، كان إذا خرَجَ أقْرَعَ بين نِسائِه ، فصارتِ القُرْعةُ لعائشةَ وحَفْصةَ . رَواه البُخارِىُّ[2] . ومتى سافَرَ بأكثرَ مِن واحدةٍ ، سَوَّى بينهُنَّ كما يُسوِّى بينهن فى الحَضَرِ ، ولا يَلْزَمُه القضاءُ للحاضِراتِ بعدَ قُدومِه . وهذا معنى قولِ الْخِرَقِىِّ : « فإذا قَدِمَ ابْتدأَ القَسْمَ بينهنَّ » . وهذا قولُ أكثرِ أهلِ العلمِ . وحُكِىَ عن داودَ أنَّه يَقْضِى ؛ لقولِ اللهِ تعالى : ﴿ فَلَا تَمِيلُوا۟ كُلَّ ٱلْمَيْلِ ﴾[3] . ولَنا ، أنَّ عائشةَ لم تَذْكُرْ قضاءً فى حديثِها ، ولأنَّ هذه التى سافرَ بها يَلْحقُها مِن مَشَقَّةِ السَّفَرِ بإزاءِ ما حصَلَ لها مِنَ السَّكَنِ ، ولا يحصُلُ لها من السَّكَنِ مثلُ ما يحْصُلُ فى الحَضَرِ ، فلو قَضَى للحاضِراتِ ، لَكان قد مالَ على المُسافِرةِ كلَّ المَيْلِ ، لكن إن سافرَ بإحْداهُنَّ بغيرِ قُرْعةٍ ، أثِمَ ، وقَضَى للبواقى بعدَ سَفَرِه . وبهذا قال الشَّافعىُّ . وقال أبو حنيفةَ ، ومالكٌ : لا يَقْضِى ؛ لأنَّ قَسْمَ الحَضَرِ ليس بمثلٍ لقَسْمِ السَّفَرِ ، فيتعذَّرُ القضاءُ . ولَنا ، أنَّه خَصَّ بعضَهُنَّ بمُدَّةٍ ، على وَجْهٍ تلحقُه التُّهْمةُ فيه ، فلَزِمَه القضاءُ ، كما لو كان حاضرًا . إذا ثبتَ هذا ، فينْبَغِى أن لا يَلْزَمَه قضاءُ المُدَّةِ ، وإنَّما يقْضِى منها ما أقامَ منها معها بمَبِيتٍ ونحوِه ، فأمَّا زمانُ السَّيْرِ ، فلم يحْصُلْ لها[4] منه إلَّا التَّعَبُ والمشقَّةُ ، فلو جعَلَ للحاضرةِ فى مُقابَلةِ ذلك مَبِيتًا عندَها ، واستِمْتاعًا بها ، لَمالَ كلَّ المَيْلِ .

فصل : إذا خرجتِ القُرْعةُ لإحْداهُنَّ ، لم يجِبْ عليه السَّفَرُ بها ، وله تَرْكُها والسَّفَرُ

(١) تقدم تخريجه ، فى : ٩ / ٤٣٠ .

(٢) فى : باب القرعة بين النساء إذا أراد السفر ، من كتاب النكاح . صحيح البخارى ٧ / ٤٣ . وانظر تخريج الحديث السابق .

(٣) سورة النساء ١٢٩ .

(٤) فى الأصل : « له » .

وحدَه ؛ لأنَّ القُرْعةَ لا تُوجِبُ ، وإنَّما تُعَيِّنُ مَن تستَحِقُّ التَّقْديمَ . وإن أراد السَّفَرَ بغيرِها ، لم يَجُزْ ؛ لأنَّها تَعَيَّنَتْ بالقُرْعةِ ، فلم يَجُزِ العُدولُ عنها إلى غيرِها . وإن وهبتْ حقَّها من ذلك لغيرِها ، جاز إذا رَضِىَ الزَّوجُ ؛ لأنَّ الحقَّ لها ، فصَحَّتْ هِبَتُها له ، كما لو وهَبتْ ليلتَها فى الحَضَرِ . ولا يجوزُ بغيرِ رِضَى الزَّوْجِ ؛ لما ذكَرْنا فى هِبَةِ الليلةِ فى الحَضَرِ . وإنْ وهَبتْه للزَّوجِ ، أو للجميعِ ، جازَ . وإنِ امْتنعتْ مِنَ السَّفَرِ معه ، سقطَ حقُّها إذا رَضِىَ الزَّوجُ ، وإن أبَى ، فله إكْراهُها على السَّفَرِ معه ؛ لما ذكَرْنا . وإن رَضِىَ بذلك ، استْأْنفَ القُرْعةَ بين البَواقِى . / وإن رَضِىَ الزَّوْجاتُ كُلُّهُنَّ بسَفرِ واحدةٍ معَه مِن غيرِ قُرْعةٍ ، جازَ ؛ لأنَّ الحقَّ لهُنَّ ، إلَّا أن لا يَرْضَى الزوجُ ، ويريدَ غيرَ مَن اتَّفقْنَ عليها ، فيُصارُ إلى القُرْعةِ . ولا فَرْقَ فى جميعِ ما ذكَرْنا بين السَّفَرِ الطَّويلِ والقصيرِ ؛ لعُمومِ الخبرِ والمعنى . وذكرَ القاضى احْتمالًا ثانيًا ، أنَّه يَقْضِى للبواقِى فى السَّفَرِ القصيرِ ؛ لأنَّه فى حُكْمِ الإقامةِ ، وهو وَجْهٌ لأصْحابِ الشَّافعىِّ . ولَنا ، أنَّه سافرَ بها بقُرْعةٍ ، فلم يَقْضِ كالطَّويلِ ، ولو كان فى حُكمِ الإقامةِ لم يجُزِ المُسافرَةُ بإحْداهُنَّ دُونَ الأُخْرَى ، كما لا يجوزُ إفرادُ إحْداهُنَّ بالقَسْمِ دونَ الأُخْرَى . ومتى سافرَ بإحْداهُنَّ بقُرْعةٍ ، ثم بَدَا له فأبْعَدَ السفرَ ، نحو أن يُسافرَ إلى بيتِ المقدسِ ، ثم يَبْدُو له فيَمْضِى إلى مصرَ ، فله استِصْحابُها معه ؛ لأنَّه سفرٌ واحدٌ[5] قد أقْرَعَ له . وإن أقامَ فى بلدةٍ مُدَّةَ إحْدَى وعشرينَ صلاةً فما دونَ ، لم يُحتَسَبْ عليه بها ؛ لأنَّه فى حُكمِ السفرِ ، تَجْرى عليه أحْكامُه . وإن زادَ على ذلك ، قَضَى الجميعَ ممَّا أقامَه ؛ لأنَّه خرجَ عن حُكْمِ السفرِ . وإن أزْمَعَ على المُقامِ قَضَى ما أقامَه ، وإنْ قلَّ ؛ لأنَّه خرَجَ عن حُكمِ السفرِ . ثم إذا خرجَ بعد ذلك إلى بلدِه ، أو بلدٍ أُخْرَى ، لم يَقْضِ ما سافرَه ؛ لأنَّه فى حُكمِ السفرِ الواحِدِ ، وقد أقْرَعَ له .

١٥٨/٧و

فصل : وإذا أرادَ الانْتِقالَ بنسائِه إلى بلدٍ آخَرَ ، فأمْكَنَه استِصْحابُهُنَّ كلَّهُنَّ فى سَفَرِه فعَلَ ، ولم يكُنْ له إفْرادُ إحداهُنَّ به ؛ لأنَّ هذا السفرَ لا يختَصُّ بواحدةٍ ، بل يحتاجُ إلى نَقْلِ جميعِهِنَّ ، فإن خَصَّ إحْداهُنَّ ، قَضَى للباقياتِ كالحاضرِ ، فإن لم يُمْكنه صُحْبةُ

---

(٥) فى ا ، ب ، م : « واحدة » .

جميعِهِنَّ ، أو شقَّ عليه ذلك ، وبعثَ بهِنَّ جميعًا معَ غيرِه مِمَّن هو مَحْرَمٌ لهُنَّ ، جازَ ، ولا يَقْضِي لأحدٍ ، ولا يحْتاجُ إلى قُرْعةٍ ؛ لأنه سَوَّى بينهُنَّ . وإن أرادَ إفْرادَ بعضِهِنَّ بالسفرِ معه ، لم يجُزْ إلَّا بقُرْعةٍ . فإذا وصلَ إلى البلدِ الذى انْتقَل إليه ، فأقامتْ معه فيه ، قَضَى للباقياتِ مُدَّةَ كَوْنِها معه فى البلد خاصةً ؛ لأنَّه صارَ مُقِيمًا ، وانقطعَ حُكمُ السفرِ عنه .

فصل : إذا كانت له امرأةٌ ، فتزوَّجَ أُخْرَى ، وأراد السفرَ بهما جميعًا ، قسَمَ للجديدةِ سَبْعًا إن كانت بكرًا ، وثلاثًا إن كانت ثَيِّبًا ، ثم يقْسِمُ بعدَ ذلك بينها وبين القديمةِ . وإن أرادَ السفرَ بإحْداهما ، أقْرَعَ بينهما ، فإن خرَجتْ قُرْعةُ الجديدةِ ، سافرَ بها معه ، ودَخلَ حقُّ العَقْدِ فى قَسْمِ السفرِ ؛ لأنَّه نَوْعُ قَسْمٍ . / وإن وقعَتِ القُرْعةُ للأُخْرَى ، سافرَ بها ، فإذا[6] حضرَ ، قَضَى للجديدةِ حقَّ العَقْدِ ؛ لأنَّه سافرَ بعدَ وُجوبه عليه . وإن تزوَّجَ اثنتيْنِ ، وعزمَ على السفرِ ، أقْرَعَ بينهما ، فسافرَ بالتى تخْرُجُ لها القُرْعةُ ، ويدْخُلُ حقُّ العَقْدِ فى قَسْمِ السفرِ ، فإذا قَدِمَ ، قَضَى للثَّانيةِ حقَّ العَقْدِ ، فى أحَدِ الوَجْهَيْنِ ؛ لأنَّه حَقٌّ وجبَ لها قبلَ سفرِه ، لم يُؤَدِّه إليها ، فلَزِمَه قضاؤُه ، كما لو لم يُسافِرْ بالأُخْرَى معه . والثانى ، لا يقْضِيه ؛ لئلَّا يكونَ تَفْضيلًا لها على التى سافرَ بها ؛ لأنَّه لا يحْصُلُ للمُسافِرَةِ من الإيواءِ والسَّكَنِ والمبيتِ عندَها ، مثلُ ما يحْصُلُ فى الحَضَرِ ، فيكونُ مَيْلًا ، فيتعذَّرُ قَضاؤُه . فإن قَدِمَ من سفرِه قَبْلَ مُضِيِّ مُدَّةٍ ينقضى فيها حقُّ عَقْدِ الأُولى ، أتَمَّهُ فى الحَضَرِ ، وقَضى للحاضرةِ مثلَه ، وَجْهًا واحدًا ، وفيما زاد الوَجْهانِ . ويَحْتَمِلُ فى المسألةِ الأُولى وَجْهًا ثالثًا ، وهو أن يسْتأْنِفَ قَضاءَ حقِّ العَقْدِ لكلِّ واحدةٍ منهما ، ولا يَحْتَسِبُ على المُسافِرةِ بمُدَّةِ سَفرِها ، كما لا يحتَسِبُ به عليها فيما عَدَا حقِّ العَقْدِ . وهذا أقْرَبُ إلى الصَّوابِ مِن إسْقاطِ حَقِّ العَقْدِ الواجبِ بالشَّرعِ بغيرِ مُسْقِطٍ .

١٥٨/٧ ظ

١٢٢٩ ـ مسألة ؛ قال : (**وَإِذَا أَعْرَسَ عِنْدَ بِكْرٍ ، أَقَامَ عِنْدَهَا سَبْعًا ، ثُمَّ دَارَ ،**

---

(٦) فى ا ، ب ، م : « فإن » .

وَلَا يَحْتَسِبُ عَلَيْهَا بِمَا أَقَامَ عِنْدَهَا ، وَإِنْ كَانَتْ ثَيِّبًا ، أَقَامَ عِنْدَهَا ثَلَاثًا ، ثُمَّ دَارَ ، وَلَا يَحْتَسِبُ عَلَيْهَا أَيْضًا بِمَا أَقَامَ عِنْدَهَا)

متى تزوَّجَ صاحبُ النِّسْوةِ امرأةً جديدةً ، قطعَ الدَّوْرَ ، وأقامَ عندَها سبعًا إن كانت بكرًا ، ولا يَقْضِيها للباقياتِ ، وإن كانت ثَيِّبًا أقامَ عندَها ثلاثًا ، ولا يقضيها ، إلَّا أن تشاءَ هي أن يُقِيمَ عندها سَبْعًا ، فإنَّه يُقيمُها عندَها ، ويَقْضِى الجميعَ للباقياتِ . رُوِىَ ذلك عن أنسٍ . وبه قال الشَّعْبىُّ ، والنَّخَعِىُّ ، ومالكٌ ، والشَّافعىُّ ، وإسحاقُ ، وأبو عُبَيْدٍ ، وابنُ المُنْذِرِ . ورُوِىَ عن سعيدِ بنِ المُسَيَّبِ ، والحسنِ ، وخِلَاسِ بنِ عمرٍو ، ونافعٍ مولى ابنِ عمرَ : للبكرِ ثلاثٌ وللثَّيِّبِ ليلتانِ . ونحوَه قال الأَوْزَاعىُّ . وقال الحَكَمُ ، وحَمَّادٌ ، وأصْحابُ الرَّأْىِ : لا فضلَ للجديدةِ فى القَسْمِ ، فإن أقامَ عندَها شيئًا قَضاهُ للباقياتِ ؛ لأنَّه فضَّلَها بمُدَّةٍ ، فوجبَ قَضاؤُها ، كما لو أقامَ عند الثَّيِّبِ سَبْعًا . ولَنا ، ما رَوَى أبو قِلَابَةَ ، عن أنسٍ ، قال : مِنَ السُّنَّةِ إذا تزوَّجَ البِكْرَ على الثَّيِّبِ ، أقام عندها سبعًا وقَسَمَ[1] ، وإذا تزوَّجَ الثَّيِّبَ ، أقام عندَها ثلاثًا ، ثم قَسَمَ . قال أبو قِلَابةَ : لو شئتُ لقلتُ : إنَّ أنسًا رفعَه إلى النَّبِىِّ ﷺ . / مُتَّفَقٌ عليه[2] . وعن أُمِّ سَلَمَةَ ، أنَّ رسولَ اللهِ ﷺ لمَّا تزوَّجَ أُمَّ سلمة ، أقامَ عندَها ثلاثًا ، وقال : « لَيْسَ بِكِ عَلَى أَهْلِكِ هَوَانٌ ، إنْ شِئْتِ

١٥٩/٧و

---

(١) سقط من : ب ، م .

(٢) أخرجه البخارى ، فى : باب إذا تزوج البكر على الثيب ، وباب إذا تزوج الثيب على البكر ، من كتاب النكاح . صحيح البخارى ٧ / ٤٣ . ومسلم ، فى : باب قدر ما تستحقه البكر والثيب من إقامة الزوج عندها عقب الزفاف ، من كتاب الرضاع . صحيح مسلم ٢ / ١٠٨٤ .

كما أخرجه أبو داود ، فى : باب فى المقام عند البكر ، من كتاب النكاح . سنن أبى داود ١ / ٤٩٠ . والترمذى ، فى : باب ما جاء فى القسمة للبكر والثيب ، من كتاب النكاح . عارضة الأحوذى ٥ / ٧٧ ، ٧٨ . وابن ماجه ، فى : باب الإقامة على البكر والثيب ، من كتاب النكاح . سنن ابن ماجه ١ / ٦١٧ . والدارمى ، فى : باب الإقامة عند الثيب والبكر إذا بنى بها ، من كتاب النكاح . سنن الدارمى ٢ / ١٤٤ . والإمام مالك ، فى : باب المقام عند البكر والأيم ، من كتاب النكاح . الموطأ ٢ / ٥٣٠ .

سَبَّعْتُ لَكِ ، وَإِنْ سَبَّعْتُ لَكِ سَبَّعْتُ لِنِسَائِى » . رواه مسلمٌ[٣] . وفى لفظٍ[٤] : « وَإِنْ شِئْتِ ثَلَّثْتُ ثُمَّ دُرْتُ » . وفى لفظٍ[٥] : « وَإِنْ شِئْتِ زِدْتُكِ ، ثُمَّ حَاسَبْتُكِ بِهِ ، لِلْبِكْرِ سَبْعٌ ، وَلِلثَّيِّبِ ثَلَاثٌ » . وفى لفظٍ رواه الدَّارَقُطْنِيُّ[٦] : « إِنْ شِئْتِ أَقَمْتُ عِنْدَكِ ثَلَاثًا خَالِصَةً لَكِ ، وإِنْ شِئْتِ سَبَّعْتُ لَكِ ، ثُمَّ سَبَّعْتُ لِنِسَائِى » . وهذا يَمْنَعُ قياسَهم ويُقَدَّمُ عليه . قال ابنُ عبدِ البَرِّ : الأحاديثُ المرفوعةُ فى هذا البابِ على ما قُلْناه ، وليس مع مَن خالفَنا حديثٌ مَرْفوعٌ ، والحُجَّةُ مع من أدْلَى[٧] بالسُّنَّةِ[٨] .

فصل : والأَمَةُ والحُرَّةُ فى هذا سَواءٌ . ولأصحابِ الشَّافعىِّ [٩]فى هذا[٩] ثلاثةُ أوْجُهٍ ؛ أحدُها ، كقَوْلنا . والثَّانى ، الأَمَةُ على [١٠]النِّصْفِ من[١٠] الحُرَّةِ ، كسائرِ القَسْمِ . والثَّالثُ ، للبِكْرِ من الإماءِ أربعٌ ، وللثَّيِّبِ ليلتانِ ، تكْميلًا لبعْضِ اللَّيلةِ . ولَنا ، عُمومُ قولِه عليه السلام : « لِلْبِكْرِ سَبْعٌ ، وَلِلثَّيِّبِ ثَلَاثٌ » . ولأنَّه يُرادُ للأُنْسِ وإزالةِ الاحْتِشَامِ ، والأَمَةُ والحُرَّةُ سواءٌ فى الحاجةِ إليه ، فاسْتَويا فيه ، كالنَّفَقةِ .

فصل : يُكْرَهُ أنْ يُزَفَّ إليه امرأتانِ فى ليلةٍ واحدةٍ ، أو فى مدَّةِ حَقِّ عَقْدِ إحداهُما ؛

---

(٣) فى : باب قدر ما تستحقه البكر والثيب من إقامة الزوج عندها عقب الزفاف ، من كتاب الرضاع . صحيح مسلم ٢ / ١٠٨٣ .

كما أخرجه أبو داود ، فى : باب فى المقام عند البكر ، من كتاب النكاح . سنن أبى داود ١ / ٤٩٠ . وابن ماجه ، فى : باب الإقامة على البكر والثيب ، من كتاب النكاح . سنن ابن ماجه ١ / ٦١٧ . والدارمى ، فى : باب الإقامة عند الثيب والبكر إذا بنى بهما ، من كتاب النكاح . سنن الدارمى ٢ / ١٤٤ . والإمام مالك ، فى : باب المقام عند البكر والأيم ، من كتاب النكاح . الموطأ ٢ / ٥٢٩ . والإمام أحمد ، فى : المسند ٦ / ٢٩٢ ، ٢٩٥ ، ٣٠٧ ، ٣٠٨ ، ٣١٤ ، ٣٢٠ ، ٣٢١ .

(٤) عند مسلم ومالك .

(٥) عند مسلم .

(٦) فى : باب المهر ، من كتاب النكاح . سنن الدارقطنى ٣ / ٢٨٤ .

(٧) فى الأصل : « أولى » . وسقط من : ا .

(٨) فى ب ، م : « بالنسبة » . وسقط من : ا .

(٩ - ٩) سقط من : الأصل .

(١٠ - ١٠) فى ب ، م : « الصنف » .

لأنَّه لا يُمْكنُه أن يُوفِّيهما حَقَّهما ، وتَسْتَضِرُّ التى لا يُوفِّيها حقَّها[11] وتَسْتَوحِشُ . فإن فعَلَ ، فأُدْخلتْ إحداهُما قبلَ الأُخرَى ، بَدَأَ بها ، فوفَّاها حقَّها ، ثم عاد فوفَّى الثَّانية ، ثم ابْتدأَ القَسْمَ . وإن زُفَّتِ الثَّانيةُ فى أثْناءِ مُدَّةِ حَقِّ[12] العَقْدِ ، أتمَّه للأُولى ، ثم قضَى حقَّ الثَّانيةَ . وإن أُدْخِلتَا عليه جميعًا فى مكانٍ واحدٍ ، أقْرَعَ بينهما ، وقدَّمَ مَن خرجتْ لها القُرْعةُ منهما ، ثم وَفَّى الأُخرَى بعدَها .

فصل : وإذا كانت عندَه امْرأتانِ ، فباتَ عندَ إحداهُما ليلةً ، ثم تزوَّجَ ثالثةً قبلَ ليلةِ الثَّانيةِ ، قَدَّمَ المزفوفةَ بلياليها ؛ لأنَّ حقَّها آكَدُ ، لأنَّه ثبتَ بالعَقْدِ ، وحقُّ الثَّانيةِ ثبتَ بفِعْلِه ، فإذا قضَى حقَّ الجديدةِ ، بدأَ بالثَّانيةِ ، فوفَّاها لِيلتَها ، ثم يَبِيتُ عندَ الجديدةِ ، ثم يَبْتدِئُ القَسْمَ . وذكر القاضى أنَّه إذا وَفَّى الثَّانيةَ ليلتَها ، باتَ عندَ الجديدةِ نصفَ ليلةٍ ، ثم يبْتدئُ القَسْمَ ؛ لأنَّ اللَّيلةَ التى يُوفِّيها للثَّانيةِ نصفُها مِن حقِّها ونصفُها مِن حقِّ الأُخرَى ، فيثْبُتُ للجديدةِ فى مُقابلَةِ ذلك نِصْفُ ليلةٍ / بإزاءِ ما حصَلَ لكلِّ واحدةٍ مِن ضَرَّتَيْها[13] ، وعلى هذا القولِ يَحتاجُ أن ينْفردَ بنفسِه فى نِصْفِ ليلةٍ ، وفيه حَرَجٌ ؛ فإنَّه ربَّما لا يجدُ مكانًا ينْفرِدُ فيه ، أو لا يقْدِرُ على الخُروجِ إليه فى نِصفِ اللَّيلةِ ، أو المجىءِ منه ، وفيما ذكَرْناه من البدايةِ بها بعدَ الثَّانيةِ وفاءٌ بحقِّها[14] بدونِ هذا الحَرَجِ ، فيكونُ أوْلَى ، إن شاءَ اللهُ .

١٥٩/٧ظ

فصل : وحُكْمُ السَّبعةِ والثَّلاثةِ[15] التى يقيمُها عندَ المَزْفُوفةِ حكمُ سائرِ القَسْمِ ، فى أنَّ عِمَادَه اللَّيلُ ، وله الخروجُ نهارًا لمعاشِه ، وقَضاءِ حُقوقِ النَّاسِ . وإن تعذَّر عليه المُقامُ عندَها ليلًا ؛ لشُغْلٍ ، أو حَبْسٍ ، أو تَرَكَ ذلك لغيرِ[16] عُذْرٍ ، قَضاهُ لها ، وله الخروجُ

---

(١١) فى الأصل : « بحقها » .

(١٢) سقط من : الأصل .

(١٣) فى الأصل : « ضرتها » .

(١٤) فى الأصل : « لحقها » .

(١٥) فى ا : « والليلة » .

(١٦) فى الأصل : « بغير » .

لصلاةِ الجماعةِ ؛ فإنَّ النَّبِىَّ ﷺ لم يكُنْ يتْرُكُ الجماعةَ لذلك ، ويخْرُجُ لما لا بُدَّ له منه ؛ فإنَّ أطالَ قَضاهُ ، وإن كان يسيرًا فلا قَضاءَ عليه .

١٢٣٠ ـ مسألة ؛ قال : (**وَإِذَا ظَهَرَ مِنْهَا مَا يَخَافُ مَعَهُ نُشُوْزَهَا وَعَظَهَا ، فَإِنْ أَظْهَرَتْ نُشُوزًا هَجَرَهَا ، فَإِنْ أَرْدَعَها ، وَإِلَّا فَلَهُ أَنْ يَضْرِبَهَا ضَرْبًا لَا يَكُونُ مُبَرِّحًا**)

معنى النُّشُوزِ مَعْصيةُ الزَّوجِ فيما فرَضَ اللهُ عليها مِن طاعتِه ، مأخوذٌ من النَّشْزِ ، وهو الارْتفاعُ ، فكأنَّها ارْتَفعتْ وتعالتْ عمَّا فَرَضَ[1] اللهُ عليها مِن طاعتِه ، فمتى ظَهرتْ منها أَماراتُ النُّشُوزِ ، مثل أن تتثاقَلَ وتُدَافِعَ إذا دعاها ، ولا تصيرَ إليه إلَّا بتكرُّهٍ ودَمْدَمةٍ ، فإنَّه يَعِظُها ، فيُخَوِّفُها اللهَ سبحانَه ، ويَذْكُرُ ما أوْجَبَ اللهُ له عليها مِن الحقِّ والطاعةِ ، وما يلْحَقُها مِن الإِثْمِ بالمُخالفةِ والمعصيةِ ، وما يَسْقُطُ بذلك مِن حُقوقِها[2] ، مِن النَّفقةِ والكُسْوةِ ، وما يُباحُ له من ضَرْبِها وهَجْرِها ؛ لقول اللهِ تعالى : ﴿ وَٱلَّـٰتِى تَخَافُونَ نُشُوزَهُنَّ فَعِظُوهُنَّ ﴾[3] . فإن أظْهرَتِ النُّشُوزَ ، وهو[4] أن تعْصِيَه ، وتَمْتنعَ من فِراشِه ، أو تخْرُجَ من منزِله بغيرِ إذْنِه ، فله أن يهْجُرَها فى المَضْجَعِ ؛ لقولِ اللهِ تعالى : ﴿ وَٱهْجُرُوهُنَّ فِى ٱلْمَضَاجِعِ ﴾[3] . قال ابنُ عباسٍ : لا تُضاجِعْها فى فِراشِك[5] . فأمَّا الهِجْرانُ فى الكلامِ ، فلا يجوزُ أكثرَ مِن ثلاثةِ أيَّامٍ ؛ لما رَوَى أبو هُرَيْرةَ ، أنَّ النَّبِىَّ ﷺ ، قال : « لَا يَحِلُّ لِمسْلِمٍ أَنْ يَهْجُرَ أَخَاهُ فَوْقَ ثَلَاثَةِ أَيَّامٍ »[6] . وظاهرُ كلامِ الخِرَقِىِّ ، أنَّه ليس له ضَرْبُها فى النُّشُوزِ فى أوَّلِ مرَّةٍ . وقد رُوِى عن أحمدَ : إذا عَصَتِ

---

(١) فى ا ، ب ، م : « أوجب » .
(٢) فى الأصل : « حقها » .
(٣) سورة النساء ٣٤ .
(٤) فى ب ، م : « وهى » .
(٥) أخرجه ابن جرير ، فى : تفسير سورة النساء ، آية ٣٤ . تفسير الطبرى ٥ / ٦٣ ، ٦٤ .
(٦) أخرجه مسلم ، فى : باب تحريم الهجر فوق ثلاث بلا عذر شرعى ، من كتاب البر . صحيح مسلم ٤ / ١٩٨٤ . وأبو داود ، فى : باب فى من يهجر أخاه المسلم ، من كتاب الأدب . سنن أبى داود ٢ / ٥٧٧ .

المرأةُ زَوْجَها ، فله ضَرْبُها ضربًا غيرَ مُبَرِّحٍ . فظاهرُ هذا إباحةُ ضَرْبِها بأوَّلِ مَرَّةٍ ؛ لقولِ اللهِ تعالى : ﴿ وَٱضْرِبُوهُنَّ ﴾ . ولأنَّها صرَّحت بالمنْعِ[7] فكان له ضربُها ، كما لو أصرَّتْ ، ولأنَّ عُقوباتِ المَعاصِي لا تختلِفُ بالتَّكْرارِ وعَدَمِه ، كالحدودِ ووَجْهُ قولِ الْخِرَقِيِّ / أنَّ[8] المقصودَ زَجْرُها عن المَعْصِيَةِ فى المُسْتقبلِ، وما هذا سَبِيلُه يُبدأُ فيه بالأسْهلِ فالأسْهلِ، كمَنْ هُجِمَ منزلُه فأرادَ إخراجَه. وأمَّا قولُه: ﴿وَٱلَّـٰتِى تَخَافُونَ نُشُوزَهُنَّ﴾. الآية ، ففيها إضْمارٌ تقديرُه واللَّاتى تخافون نُشوزَهُنَّ فعِظُوهنَّ ، فإن نَشَزْنَ فاهْجُروهُنَّ فى المَضاجعِ ، فإن أصْرَرْنَ فاضْرِبُوهُنَّ ، كما قال سبحانه : ﴿ إِنَّمَا جَزَٰٓؤُاْ ٱلَّذِينَ يُحَارِبُونَ ٱللَّهَ وَرَسُولَهُۥ وَيَسْعَوْنَ فِى ٱلْأَرْضِ فَسَادًا أَن يُقَتَّلُوٓاْ أَوْ يُصَلَّبُوٓاْ أَوْ تُقَطَّعَ أَيْدِيهِمْ وَأَرْجُلُهُم مِّنْ خِلَـٰفٍ أَوْ يُنفَوْاْ مِنَ ٱلْأَرْضِ ﴾[9] . والذى يَدُلُّ على هذا أنَّه رَتَّبَ هذه العُقوباتِ على خَوْفِ النُّشُوزِ ؛ ولا خِلافَ فى أنَّه لا يَضْرِبُها لخَوْفِ النُّشُوزِ قبلَ إظْهارِهِ . وللشَّافعيِّ قولانِ كهذَيْنِ فإن لم ترتدعْ بالوعظِ والهجرِ ، فله ضَرْبُها ؛ لقوله تعالى : ﴿ وَٱضْرِبُوهُنَّ ﴾ . وقال النَّبىُّ ﷺ : « إِنَّ لَكُمْ عَلَيْهِنَّ أَنْ لَا يُوطِئْنَ فُرُشَكُمْ أَحَدًا تَكْرَهُونَهُ ، فَإِنْ فَعَلْنَ فَاضْرِبُوهُنَّ ضَرْبًا غَيْرَ مُبَرِّحٍ » . رَواه مسلمٌ[10] . ومعنى « غيرُ مُبَرِّحٍ » أى ليس بالشَّدِيدِ . قال الخَلَّالُ : سألتُ أحمدَ بنَ يحيى ، عن قوله : « ضَرْبًا غيرَ مُبَرِّحٍ » قال : غيرُ شديدٍ . وعليه أن يجْتَنِبَ الوَجْهَ والمواضِعَ المَخُوفَةَ ؛ لأنَّ

١٦٠/٧ و

---

(٧) فى ب ، م : « المنع » .

(٨) سقط من : ب ، م .

(٩) سورة المائدة ٣٣ .

(١٠) فى : باب حجة النبى ﷺ ، من كتاب الحج . صحيح مسلم ٢ / ٨٩٠ .

كما أخرجه أبو داود فى : باب صفة حجة النبى ﷺ ، من كتاب المناسك . سنن أبى داود ١ / ٤٤٢ . والترمذى ، فى : باب ما جاء فى حق المرأة على زوجها ، من كتاب الرضاع . عارضة الأحوذى ٥ / ١١١ . وابن ماجه ، فى : باب حق المرأة على الزوج ، من كتاب النكاح . وفى : باب حجة رسول الله ﷺ ، من كتاب المناسك . سنن ابن ماجه ١ / ٥٩٤ ، ٢ / ١٠٢٥ . والدارمى ، فى : باب فى سنة الحاج ، من كتاب المناسك . سنن الدارمى ٢ / ٤٨ . والإمام أحمد ، فى : المسند ٥ / ٧٣ . وهو ضمن حديث جابر الطويل ، الذى تقدم تخريجه فى : ٥ / ١٥٦ .

المقصودَ التَّأديبُ لا الإتلافُ . وقد رَوى أبو داودَ[11] ، عن حَكِيمِ بنِ معاويةَ القُشَيْرِيِّ ، عن أبيه ، قال : قلتُ : يا رسولَ اللهِ ، ما حقُّ زَوْجةِ أحدِنا عليه؟ قال : « أَنْ تُطْعِمَها إذا طَعِمْتَ ، وَتَكْسُوَهَا إذَا اكْتَسَيْتَ ، وَلَا تُقَبِّحْ ، وَلَا تَهْجُرْ إلَّا فِي الْبَيْتِ » . وروَى عبدُ اللهِ بنُ زَمْعةَ ، عن النَّبيِّ ﷺ ، قال : « لَا يَجْلِدُ أَحَدُكُمْ امْرَأَتَهُ جَلْدَ الْعَبْدِ ، ثُمَّ يُضَاجِعُهَا فِي آخِرِ الْيَوْمِ »[12] . وَلا يَزِيدُ فى ضَرْبِهَا على عَشَرَةِ أَسْوَاطٍ ؛ لقولِ رسولِ اللهِ ﷺ : « لا يَجْلِدْ أَحَدٌ فَوْقَ عَشْرَةِ أَسْوَاطٍ ، إلَّا فِى حَدٍّ مِنْ حُدُودِ اللهِ » . [13]مُتَّفقٌ عليه[13] .

فصل : وله تأديبُها على تَرْكِ فَرائضِ اللهِ . وسأل إسماعيلُ بنُ سعيدٍ أحمدَ عمَّا يجوزُ ضَرْبُ المرأةِ عليه ، قال : على تَرْكِ[14] فَرائضِ اللهِ . وقال فى الرَّجُلِ[15] له امرأةٌ لا تُصَلِّى : يضْرِبُها ضربًا رَفيقًا غيرَ مُبَرِّحٍ . وقال علىٌّ ، رَضِىَ اللهُ عنه ، فى تفسير قوله

---

(11) فى : باب فى حق المرأة على زوجها ، من كتاب النكاح . سنن أبى داود ١ / ٤٩٤ .

(12) أخرجه البخارى ، فى : باب ما يكره من ضرب النساء ، وقوله : واضربوهن ضربا غير مبرح ، من كتاب النكاح . صحيح البخارى ٧ / ٤٢ . ومسلم ، فى : باب النار يدخلها الجبارون والجنة يدخلها الضعفاء ، من كتاب الجنة . صحيح مسلم ٤ / ٢١٩١ . والترمذى ، فى : باب ومن سورة الشمس وضحاها ، من أبواب التفسير . عارضة الأحوذى ١٢ / ٢٤٤ . وابن ماجه ، فى : باب ضرب النساء ، من كتاب النكاح . سنن ابن ماجه ١ / ٦٣٨ . والدارمى ، فى : باب فى النهى عن ضرب النساء ، من كتاب النكاح . سنن الدارمى ٢ / ١٤٧ . والإمام أحمد ، فى : المسند ٤ / ١٧ .

(13-13) سقط من : الأصل . وأخرجه البخارى ، فى : باب كم التعزير والأدب ، من كتاب المحاربين من أهل الكفر والردة . صحيح البخارى ٨ / ٢١٥ . ومسلم ، فى : باب قدر أسواط التعزير ، من كتاب الحدود . صحيح مسلم ٣ / ١٣٣٢ ، ١٣٣٣ .

كما أخرجه أبو داود ، فى : باب فى التعزير ، من كتاب الحدود . سنن أبى داود ٢ / ٤٧٦ . والترمذى ، فى : باب ما جاء فى التعزير ، من كتاب الحدود . عارضة الأحوذى ٦ / ٢٤٩ ، ٢٥٠ . وابن ماجه ، فى : باب التعزير ، من كتاب الحدود . سنن ابن ماجه ٢ / ٨٦٧ . والدارمى ، فى : باب التعزير فى الذنوب ، من كتاب الحدود . سنن الدارمى ٢ / ١٧٦ .

(14) سقط من : الأصل ، ب ، م .

(15) فى الأصل : « رجل » .

تعالى : ﴿ قُوٓاْ أَنفُسَكُمْ وَأَهْلِيكُمْ نَارًا ﴾[16] . قال : عَلِّمُوهُمْ أَدِّبُوهُم[17] . ورَوى أبو محمدٍ الخَلَّالُ ، بإسْنادِه عن جابرٍ ، قال : قال رسولُ اللهِ ﷺ : « رَحِمَ اللهُ امْرَءًا[18] عَلَّقَ فى بَيْتِهِ سَوْطًا يُؤَدِّبُ أَهْلَهُ »[19] . فإن لم تُصَلِّ ، فقد قال أحمدُ : أخْشَى أنْ لا يَحِلَّ [20]للرجلِ أن[20] يُقِيمَ مع امرأةٍ لا تُصَلِّى ، ولا تَغتسلُ من جَنابةٍ ، ولا تَتعلَّمُ القرآنَ . قال أحمدُ ، فى الرَّجُلِ يضْرِبُ امرأتَه : لا ينْبَغِى لأحدٍ أن يسألَه ولا أبوها ، لِمَ ضربَها ؟[21] . والأصلُ فى هذا ما رَوى الأَشْعَثُ ، عن عمرَ ، أنَّه قال : يا أشْعَثُ ، احْفَظْ عنى شيئًا سمعتُه مِن رسولِ اللهِ ﷺ : « لَا تَسْأَلَنَّ رَجُلًا فِيمَا ضَرَبَ امْرَأَتَهُ » . رَواه أبو داودَ[22] . ولأنَّه قد يضْرِبُها لأجْلِ الفِراشِ ، فإنْ أخْبرَ بذلك اسْتَحْيَى ، وإن أخبرَ بغيرِه كَذَبَ .

/ ١٦٠/٧ظ

فصل : وإذا خافتِ المرأةُ نُشُوزَ زوجِها وإعْراضَه عنها ، لرَغْبتِه عنها ، إمَّا لمَرَضٍ بها ، أو كِبَرٍ ، أو دَمَامَةٍ ، فلا بأسَ أن تضَعَ عنه بعضَ حقوقِها تسْتَرْضِيه بذلك ؛ لقولِ اللهِ تعالى : ﴿ وَإِنِ آمْرَأَةٌ خَافَتْ مِنْ بَعْلِهَا نُشُوزًا أَوْ إِعْرَاضًا فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا أَن يَصَّالَحَا[23] بَيْنَهُمَا صُلْحًا ﴾[24] . روَى البُخارِىُّ[25] ، عن عائشةَ : ﴿ وَإِنِ آمْرَأَةٌ خَافَتْ مِنْ بَعْلِهَا نُشُوزًا أَوْ إِعْرَاضًا فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا أَنْ يَصَّالَحَا ﴾[23]

---

(١٦) سورة التحريم ٦ .

(١٧) أخرجه ابن كثير ، فى : تفسير سورة التحريم . تفسير ابن كثير ٨ / ١٩٤ .

(١٨) فى ا ، ب ، م : « عبدا » .

(١٩) أخرجه ابن عدى ، فى : الكامل فى ضعفاء الرجال ٤ / ١٦٤٢ .

(٢٠ - ٢٠) فى ب ، م : « لرجل » .

(٢١) فى ب ، م : « ضربتها » .

(٢٢) فى : باب فى ضرب النساء ، من كتاب النكاح . سنن أبى داود ١ / ٤٩٥ .
كما أخرجه ابن ماجه ، فى : باب ضرب النساء ، من كتاب النكاح . سنن ابن ماجه ١ / ٦٣٩ .

(٢٣) فى ب ، م : ﴿ يُصْلِحَا ﴾ . وهى قراءة عاصم وحمزة والكسائى . وما فى الأصل قراءة ابن كثير ونافع وابن عامر وأبى عمرو . انظر : السبعة فى القراءات ، لابن مجاهد ٢٣٨ . وهى موافقة لرواية البخارى .

(٢٤) سورة النساء ١٢٨ .

(٢٥) فى : باب وإن خافت من بعلها نشوزا أو إعراضا ، من كتاب النكاح . صحيح البخارى ٧ / ٤٢ .

[26]﴿ وَٱلصُّلْحُ خَيْرٌ[26] ﴾ قالت : هى المرأةُ تكونُ عندَ الرَّجُلِ ، لا يستَكْثِرُ منها ، فيُرِيدُ طلاقَها ، ويتزوَّجُ عليها ، فتقولُ[27] له : أمْسِكْنِى ، ولا تُطلِّقْنِى ، ثم تزوَّجْ غيرِى ، فأنتَ فى حِلٍّ مِنَ النَّفقةِ علىَّ ، والقِسمَةِ لى . وعن عائشةَ ، أنَّ سَوْدَةَ بِنْتَ زَمْعَةَ ، حينَ أسَنَّتْ ، وفَرِقَتْ أن يُفارِقَها رسولُ اللهِ ﷺ ، قالت : يا رسولَ اللهِ ، يَوْمِى لعائشةَ . فقَبِلَ ذلك رسولُ اللهِ ﷺ منها . قالت : وفى ذلك أنْزَلَ اللهُ جَلَّ ثناؤُه وفى أشْباهِها أُراه قال : ﴿ وَإِنِ ٱمْرَأَةٌ خَافَتْ مِنۢ بَعْلِهَا نُشُوزًا أَوْ إِعْرَاضًا ﴾ . رَواه أبو داودَ[28] . ومتى صالَحَتْه على تَرْكِ شىءٍ من قَسْمِها أو نَفَقَتِها ، أو على ذلك كلِّه ، جازَ . فإنْ رجعتْ ، فلها ذلك . قال أحمدُ ، فى الرَّجُلِ يَغِيبُ عن امرأتِه ، فيقولُ لها : إنْ رَضِيتِ على هذا ، وإلَّا فأنتِ أعلمُ . فتقولُ : قد رَضِيتُ . فهو جائزٌ ، فإنْ شاءتْ رجعتْ .

١٢٣١ ـ مسألة ؛ قال : (**وَالزَّوْجَانِ إِذَا وَقَعَتْ بَيْنَهُمَا الْعَدَاوَةُ ، وَخُشِىَ عَلَيْهِمَا أَنْ يُخْرِجَهُمَا ذَلِكَ إِلَى الْعِصْيَانِ ، بَعَثَ الْحَاكِمُ حَكَمًا مِنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِنْ أَهْلِهَا ، مَأْمُونَيْنِ ، بِرِضَى الزَّوْجَيْنِ ، وَتَوْكِيلِهِما ، بِأَنْ يَجْمَعَا إِذَا رَأَيَا أَوْ يُفَرِّقَا ، فَمَا فَعَلَا مِنْ ذَلِكَ لَزِمَهُمَا**)

وجملةُ ذلك أنَّ الزَّوْجَيْنِ إذا وقعَ بينهما شقاقٌ ، نظرَ الحاكمُ ، فإن بانَ له أنَّه من المرأةِ ، فهو نُشوزٌ ، قد مضى / حكمُه ، وإن بانَ أنَّه مِنَ الرَّجُلِ ، أسْكَنَهما إلى جانبِ[1] ثِقَةٍ ، يَمْنعُه مِنَ الإضْرارِ بها ، والتَّعَدِّى عليها . وكذلك إن بانَ مِن كلٍّ واحدٍ منهما تَعَدٍّ ، أو ادَّعَى كلُّ واحدٍ منهما أنَّ الآخَرَ ظلمَه ، أسْكَنَهما إلى جانبِ مَن يُشْرِفُ عليهما

١٦١/٧ و

(٢٦ - ٢٦) لم يرد فى : ب ، م : ﴿ والصلح خير ﴾ . وهى فى رواية البخارى .

(٢٧) فى ا ، ب ، م : « تقول » .

(٢٨) تقدم تخريجه فى صفحة ٢٤٢ .

(١) فى الأصل : « جنب » .

ويُلْزِمُهما الإنْصافَ ، فإن لم يتهيَّأْ ذلك ، وتمادَى الشَّرُّ بينهما ، وخِيفَ الشِّقَاقُ عليهما والعِصيانُ ، بعثَ الحاكمُ حَكَمًا مِن أهلِه وحَكَمًا مِن أهلِها ، فنظرَا بينهما ، وفعلا ما يَرَيانِ المصلحةَ فيه ، مِن جَمْعٍ أو تَفْريقٍ ؛ لقولِ اللهِ تعالى : ﴿ وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَٱبْعَثُواْ حَكَمًا مِّنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِّنْ أَهْلِهَا إِن يُرِيدَآ إِصْلَٰحًا يُوَفِّقِ ٱللَّهُ بَيْنَهُمَآ ﴾[2] .

واخْتلفتِ الرِّوايةُ عن أحمدَ ، رحِمَه اللهُ ، في الحَكَمَيْنِ ، ففي إحْدَى الرِّوايتَيْنِ عنه ، أنَّهما وكيلانِ لهما ، لا يَمْلِكانِ التَّفريقَ[3] إلَّا بإذْنِهما . وهذا مذهبُ عَطاءٍ ، وأحدُ قَوْلَي الشَّافعيِّ . وحُكِيَ ذلك عن الحسنِ ، وأبي حنيفةَ ؛ لأنَّ البُضْعَ حقُّه ، والمالَ حقُّها ، وهما رَشِيدانِ ، فلا يجوزُ لغيرِهِمَا التَّصرُّفُ فيه إلَّا بوَكالةٍ منهما ، أو وِلَايةٍ عليهما . والثَّانيةُ ، أنَّهما حاكِمانِ ، ولهما أنْ يفْعَلا ما يَرَيانِ مِن جَمْعٍ وتَفْريقٍ ، بعِوَضٍ وغيرِ عِوَضٍ ، ولا يَحْتاجانِ إلى تَوْكيلِ الزَّوْجيْنِ ولا رِضاهُمَا . ورُوِيَ نحوُ ذلك عن عَلِيٍّ ، وابنِ عبَّاسٍ ، وأبي سَلَمَةَ بنِ عبدِ الرَّحمنِ ، والشَّعْبِيِّ ، والنَّخَعِيِّ ، وسعيدِ بنِ جُبَيْرٍ ، ومالكٍ ، والأَوْزَاعِيِّ ، وإسحاقَ ، وابنِ المُنْذِرِ ؛ لقولِ اللهِ تعالى ﴿ فَٱبْعَثُواْ حَكَمًا مِّنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِنْ أَهْلِهَا ﴾ . فسمَّاهُمَا حَكَمَيْنِ ، ولم يَعْتَبِرْ رِضَى الزَّوْجَيْنِ ، ثم قال : ﴿ إِن يُرِيدَآ إِصْلَٰحًا ﴾ . فخاطبَ الحَكَمَيْنِ بذلك . ورَوَى أبو بكرٍ ، بإسْنادِه عن عَبِيدَةَ السَّلْمَانِيِّ ، أنَّ رجلًا وامرأةً أتَيا عليًّا ، مع كل واحدٍ منهما فِئَامٌ[4] مِنَ النَّاسِ ، فقال عليٌّ ، رَضِيَ اللهُ عنه : ابْعَثُوا حَكَمًا مِن أهلِه ، وحكمًا من أهلِها ، فبعَثُوا حكمَيْنِ ، ثم قال عليٌّ للحكميْنِ : هل تَدْرِيانِ ما عليكُما مِنَ الحقِّ[5] ؟ إنْ رأيتُمَا أن تَجْمَعَا جمعْتُمَا ، وإن رأيتُما أن تُفَرِّقَا فرَّقْتُمَا . فقالتِ المرأةُ : رَضِيتُ بكتابِ اللهِ عَلَيَّ ولِي . فقال الرجل : أمَّا الفُرْقَةُ فلا . فقال عليٌّ : كَذَبْتَ حتى تَرْضَى بما رَضِيَتْ به[6] . وهذا يدلُّ على أنَّه أجْبرَه

---

(٢) سورة النساء ٣٥ .

(٣) في ب ، م زيادة : « لهما » .

(٤) فئام من الناس : جماعة منهم .

(٥) في ب ، م زيادة : « عليكما من الحق » .

(٦) أخرجه الدارقطني ، في : باب المهر ، من كتاب النكاح . سنن الدارقطني ٣ / ٢٩٥ . وعبد الرزاق ، في : باب=

على ذلك ، ويروى أنَّ عَقِيلًا تزوَّجَ فاطمةَ بنتَ عُتْبَةَ ، فتخاصَما ، فجمَعتْ ثيابَها ، ومضَتْ إلى عثمانَ ، فبعثَ حَكَمًا من أهلِه عبدَ اللهِ بنِ عبَّاسٍ ، وحَكَمًا / من أهلِها معاويةَ ، فقال ابنُ عبَّاسٍ : لأُفَرِّقَنَّ بينهما . وقال معاويةُ : ما كنتُ لأُفَرِّقَ بين شَخْصَيْنِ[7] مِن بنى عَبْدِ مَنافٍ . فلما بَلغا البابَ كانا قد أَغْلَقَا[8] البابَ واصْطَلَحا[9] .

١٦١/٧ظ

ولا يمْتَنِعُ أن تثْبُتَ الوِلايَةُ على الرَّشيدِ عندَ امْتناعِه مِن أداءِ الحقِّ ، كما يُقْضَى الدَّينُ عنه مِن مالِه إذا امْتنعَ ، ويُطَلِّقُ الحاكمُ على المُولِى إذا امتنَعَ . إذا ثبتَ هذا ، فإنَّ الحكمَيْن لا يكونانِ إلَّا عاقلَيْنِ بالغَيْنِ عَدْلَيْنِ مُسْلِمَيْنِ ؛ لأنَّ هذه من شُروطِ العَدالةِ ، سَواءٌ قُلْنا : هما حاكمانِ أو وكيلانِ ؛ لأنَّ الوكيلَ إذا كان مُتَعَلِّقًا بنَظَرِ الحاكمِ ، لم يجُزْ أن يكونَ إلَّا عَدْلًا ، كما لو نُصِبَ وكيلًا لصَبِىٍّ أو مُفْلِسٍ ، ويكونان ذَكَرَيْنِ ؛ لأنَّه يَفْتَقِرُ[10] إلى الرَّأْىِ والنَّظَرِ . قال القاضى : ويُشْتَرطُ كونُهما حُرَّيْنِ . وهو مذهبُ الشَّافعىِّ ؛ لأنَّ العبدَ عندَه لا تُقْبَلُ شهادتُه ، فتكونُ الحُرِّيَّةُ من شُروطِ العدالةِ . والأَوْلَى [11]أن يُقالَ[11] : إنْ كانا وكيلَيْنِ ، لم تُعْتَبرِ الحُرِّيَّةُ ؛ لأنَّ تَوْكيلَ العبدِ جائزٌ ، وإن كانا حَكَمَيْنِ ، اعتُبِرَتِ الحُرِّيَّةُ ؛ لأنَّ الحاكمَ لا يجُوزُ أن يكونَ عبدًا . ويُعْتَبرُ أن يكونا عالِمَيْنِ بالجَمْعِ والتَّفْريقِ ؛ لأنَّهما يتصرَّفانِ فى ذلك ، فيُعتَبرُ عِلْمُهما به . والأَوْلَى أن يكُونا مِن أهلِهما ؛ لأمرِ اللهِ تعالى بذلك ، ولأنَّهما أشْفَقُ وأعلمُ بالحالِ ، فإن كانا مِن غيرِ أهلِهما جازَ ؛ لأنَّ القَرابةَ

= الحكمين ، من كتاب الطلاق . المصنف ٦ / ٥١٢ . والطبرى ، فى : تفسير الآية ٣٥ ، من سورة النساء . تفسير الطبرى ٥ / ٧١ . وابن كثير فى تفسير الآية نفسها . تفسير ابن كثير ٢ / ٢٦٠ .

(٧) فى ا ، ب ، م : « شيخين » .

(٨) فى ا ، ب ، م : « غلقا » .

(٩) أخرجه عبد الرزاق ، فى : باب الحكمين ، من كتاب الطلاق . المصنف ٦ / ٥١٣ . والطبرى ، فى : تفسير سورة النساء الآية ٣٥ . تفسير الطبرى ٥ / ٧٤ ، ٧٥ . وابن كثير فى تفسير الآية نفسها . تفسير ابن كثير ٢ / ٢٥٩ .

(١٠) فى ب ، م : « مفتقر » .

(١١ - ١١) سقط من : ا ، ب ، م .

ليست شرطًا فى الحُكْمِ ولا الوكالةِ ، فكان الأمرُ بذلك إرْشادًا واسْتِحْبابًا ، فإن قُلْنا : هما وَكيلانِ . فلا يَفْعلانِ شيئًا حتى يأْذنَ الرَّجلُ لوكيلِه فيما يَراهُ مِن طلاقٍ أو صُلْحٍ ، وتأْذنَ المرأةُ لوكيلِها فى الخُلْعِ والصُّلْحِ على ما يَراهُ ، فإنِ امْتنعا من التَّوكيلِ ، لم يُجْبَرا . وإن قُلْنا : إنَّهما حَكَمانِ . فإنَّهما يُمْضِيَانِ ما يَرَيَانِه من طلاقٍ وخُلْعٍ ، فينفُذُ ذلك عليهما ، رَضِيَاه أو أبَيَاه .

فصل : فإن غابَ الزَّوْجانِ أو أحدُهما بعدَ بَعْثِ حَكَمَيْنِ[١٢] ، جازَ للحَكَمَيْنِ إمْضاءُ رأْيِهما إنْ قُلْنا : إنَّهما وكيلانِ . لأنَّ الوكالةَ لا تَبْطُلُ بالغَيْبَةِ ، وإن قُلْنا : إنَّهما حاكِمانِ . لم يجُزْ لهما إمضاءُ الحُكمِ ؛ لأنَّ كلَّ واحدٍ مِنَ الزَّوجَيْنِ مَحْكومٌ له وعليه ، والقضاءُ للغائبِ لا يجوزُ ، إلَّا أن يكُونا قد وَكَّلاهما ، فيَفْعلانِ ذلك بحُكْمِ التَّوْكيلِ ، لا بالحُكْمِ . وإن كان أحدُهما قد وكَّلَ ، جازَ لوكيلِه فِعْلُ ما وكَّلَه فيه مع غَيْبَتِه . وإن جُنَّ أحدُهما ، بَطَلَ حُكْمُ وكيلِه ؛ / لأنَّ الوكالةَ تبطُلُ بجُنونِ المُوَكِّلِ . وإن كان حاكمًا ، لم يَجُزْ له الحُكْمُ ؛ لأنَّ مِن شَرْطِ ذلك بَقاءَ الشِّقَاقِ ، وحُضُورَ المُتَداعِيَيْنِ ، ولا يَتحقَّقُ ذلك مع الجُنُونِ . ١٦٢/٧و

فصل : فإنْ شَرَطَ الحَكَمانِ شرطًا لو[١٣] شرَطَه الزَّوجانِ لم يلْزَمْ ، مثل أن يشْترِطَا[١٤] تَرْكَ بعضِ النَّفقةِ والقَسْمِ ، لم يَلْزَمِ الوَفاءُ به ؛ لأنَّه إذا لم يَلْزَمْ بِرِضَى المُوَكِّلَيْنِ ، فبرِضَى الوكيلَيْنِ أولى . وإن أبْرَأَ وكيلُ المرأةِ مِن الصَّداقِ أو دينٍ لها ، لم يَبْرَإِ الزَّوْجُ[١٥] إلَّا فى الخُلْعِ . وإن أبْرَأَ وكيلُ الزَّوجِ مِن دَيْنٍ له ، أو من الرَّجُلِ ، لم تَبْرَإِ الزَّوْجةُ ؛ لأنَّهما وكيلانِ فيما يتعلَّقُ بالإصْلاحِ ، لا فى إسْقاطِ الحُقوقِ .

---

(١٢) فى ا : « الحكمين » .
(١٣) فى الأصل ، ب ، م : « أو » .
(١٤) فى ب ، م : « يشترط » .
(١٥) فى ا ، ب ، م : « للزوج » .

١٢٣٢ ـ مسألة[١] ؛ قال : (وَالْمَرْأَةُ إِذَا كَانَتْ مُبْغِضَةً لِلرَّجُلِ ، وَتَكْرَهُ أَنْ تَمْنَعَهُ مَا تَكُونُ عَاصِيَةً بِمَنْعِهِ فَلَا بَأْسَ أَنْ تَفْتَدِىَ نَفْسَهَا مِنْهُ)

وجملةُ الأمرِ أنَّ المرأةَ إذا كرِهتْ زوجَها ، لخَلْقِه ، أو خُلُقِه ، أو دينِه ، أو كِبَرِه ، أو ضَعْفِه ، أو نحوِ ذلك ، وخَشِيَتْ أن لا تُؤدِّىَ حقَّ الله تعالى فى طاعتِه ، جازَ لها أن تُخالِعَه بعِوَضٍ[٢] تَفْتَدِى به نفسَها منه ؛ لقولِ الله تعالى ﴿ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ ٱللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا ٱفْتَدَتْ بِهِ ﴾[٣] . ورُوِىَ أنَّ رسولَ الله ﷺ ، خرجَ إلى الصُّبْحِ ، فوجدَ حَبِيبَةَ بنتَ سَهْلٍ عندَ بابِه فى الغَلَسِ ، فقال رسولُ الله ﷺ : « مَا شَأْنُكِ ؟ » . قالت : لا أنا ولا ثابتٌ . لزَوجِها ، فلمَّا جاء ثابتٌ ، قال له رسولُ الله ﷺ : « هَذِهِ حَبِيبَةُ بِنتُ سَهْلٍ ، فَذَكَرَتْ[٤] مَا شَاءَ اللهُ أَنْ تَذْكُرَ » . وقالت حبيبةُ : يا رسولَ الله ، كلُّ ما أعْطانى عِندِى . فقال رسولُ الله ﷺ لثابتِ بنِ قَيْسٍ : « خُذْ مِنهَا » . فأخذَ منها ، وجلَستْ فى أهلِها . وهذا حديثٌ صحيحٌ ، ثابتُ الإسنادِ ، رواه الأئمَّةُ مالكٌ وأحمدُ وغيرُهُمَا[٥] ، وفى روايةِ البُخارِىِّ ، قال : جاءت امرأةُ ثابتِ بنِ قيسٍ إلى النَّبىِّ ﷺ ، فقالت : يا رسولَ الله ، ما أَنْقِمُ على ثابتٍ فى دِينٍ ولا خُلُقٍ ، إلَّا أنِّى أخافُ الكُفْرَ . فقال رسولُ الله ﷺ : « أَتَرُدِّينَ عَلَيْهِ حَدِيقَتَهُ ؟ » قالت : نعم . فردَّتْها[٦]

---

(١) قبل هذه المسألة ورد فى ب ، م عنوان : « كتاب الخلع » . وسبق فى صفحة ٢٢٠ . عنوان : « كتاب عشرة النساء والخلع » .

(٢) فى ا : « على عوض » .

(٣) سورة البقرة ٢٢٩ .

(٤) فى ب ، م : « قد ذكرت » .

(٥) أخرجه الإمام مالك ، فى : باب ما جاء فى الخلع ، من كتاب الطلاق . الموطأ ٢ / ٥٦٤ . والإمام أحمد ، فى : المسند ٤ / ٣ . والبخارى ، فى : باب الخلع وكيف الطلاق فيه ، من كتاب الطلاق . صحيح البخارى ٧ / ٦٠ . وأبو داود ، فى : باب فى الخلع ، من كتاب الطلاق . سنن أبى داود ١ / ٥١٦ . والنسائى ، فى : باب ما جاء فى الخلع ، من كتاب الطلاق . المجتبى ٦ / ١٣٨ ، ١٣٩ . وابن ماجه ، فى : باب المختلعة تأخذ ما أعطاها ، من كتاب الطلاق . سنن ابن ماجه ١ / ٦٦٣ . والدارمى ، فى : باب فى الخلع ، سنن الدارمى ٢ / ١٦٣ .

(٦) فى الأصل ، ا : « فردت » .

عليه ، وأمَرَه ففارَقَها . وفى روايةٍ ، فقال له : « اقْبَلِ الْحَدِيْقَةَ ، وَطَلِّقْهَا تَطْلِيقَةً » . وبهذا قال جميعُ الفقهاءِ بالحجازِ والشَّامِ . قال ابنُ عبدِ البَرِّ : ولا نعلمُ أحدًا خالفَه / ، إلَّا بكرَ ابنَ عبدِ اللهِ المُزَنِىَّ ؛ فإنَّه لم يُجزْه ، وزَعَمَ أنَّ آيةَ الخُلْعِ مَنْسوخةٌ بقوله سبحانه : ﴿ وَإِنْ أَرَدتُّمُ ٱسْتِبْدَالَ زَوْجٍ مَّكَانَ زَوْجٍ ﴾[7] . الآية . ورُوِىَ عن ابن سِيرِينَ ، وأبى قِلَابَةَ ، أنَّه لا يَحِلُّ الخُلْعُ حتى يجدَ على بَطْنِها رَجُلًا ؛ لقولِ اللهِ تعالى : ﴿ وَلَا تَعْضُلُوهُنَّ لِتَذْهَبُواْ بِبَعْضِ مَآ ءَاتَيْتُمُوهُنَّ إِلَّآ أَن يَأْتِينَ بِفَٰحِشَةٍ مُّبَيِّنَةٍ ﴾[8] . ولَنا ، الآيةُ التى تلَوْناها ، والخبرُ ، وأنَّه قولُ عمرَ وعثمانَ وعلىٍّ[9] وغيرِهم من الصحابةِ ، لم نَعْرِفْ لهم فى عصرِهم مُخالِفًا ، فيكونُ إجماعًا ، ودَعْوَى النَّسْخِ لا تُسْمَعُ حتى يثبُتَ تَعذُّرُ الجمعِ ، وأنَّ الآيةَ النَّاسخةَ مُتأخِّرةٌ ، ولم يثبُتْ شىءٌ مِن ذلك . إذا ثبَتَ هذا ، فإنَّ هذا يُسَمَّى خُلْعا ؛ لأنَّ[10] المرأةَ تَنْخَلِعُ مِن لباسِ زوجِها . قال اللهُ تعالى : ﴿ هُنَّ لِبَاسٌ لَّكُمْ وَأَنتُمْ لِبَاسٌ لَّهُنَّ ﴾[11] . ويُسَمَّى افْتِداءً ؛ لأنَّها تَفْتدِى نفسَها بمالٍ تَبذُلُه . قال اللهُ تعالى : ﴿ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا ٱفْتَدَتْ بِهِۦ ﴾ .

فصل : ولا يفْتقِرُ الخُلْعُ إلى حاكمٍ . نَصَّ عليه أحمدُ ، فقال : يجوزُ الخُلْعُ دونَ السُّلطانِ . وروَى البُخارِىُّ[12] ذلك عن عمرَ ، وعثمانَ ، رَضِىَ اللهُ عنهما . وبه قال شُرَيْحٌ ، والزُّهْرِىُّ ، ومَالِكٌ ، والشَّافعىُّ ، وإسحاقُ ، وأهلُ الرَّأْىِ . وعن الحسنِ ، وابن سيرينَ : لا يجوزُ إلَّا عندَ السُّلطانِ . ولَنا ، قولُ عمرَ وعثمانَ ، ولأنَّه مُعاوَضةٌ ، فلم

---

(7) سورة النساء ٢٠ .

(8) سورة النساء ١٩ .

(9) أخرج عبد الرزاق قول عمر وعثمان ، فى : باب الخلع دون السلطان ، من كتاب الطلاق وقولَ على ، فى : باب ما يحل من الفداء ، من كتاب الطلاق . المصنف ٦ / ٤٩٤ ، ٤٩٥ ، ٤٩٧ .

كما أخرج ابن أبى شيبة قول عمر وعثمان ، فى : باب ما قالوا فى الخلع يكون دون السلطان ، من كتاب الطلاق . المصنف ٥ / ١١٦ .

(10) فى الأصل : « فإن » .

(11) سورة البقرة ١٨٧ .

(12) فى : باب الخلع ، من كتاب النكاح . صحيح البخارى ٧ / ٦٠ .

يَفتقرْ إلى السُّلطانِ ، كالبيعِ والنِّكاحِ ، ولأنَّه قَطْعُ عَقْدٍ بالتَّراضِى ، أشْبَهَ الإقالةَ .

فصل : ولا بأسَ بالخُلْعِ فى الحَيْضِ والطُّهرِ الذى أصابَها فيه ؛ لأنَّ المَنْعَ من الطَّلاقِ فى الحَيْضِ من أجل الضَّررِ الذى يلحقُها بطُول العِدَّةِ ، والخُلْعُ لإزالةِ الضَّررِ الذى يلْحقُها بسُوءِ العِشْرَةِ والمُقَامِ مع مَن تكْرهُه وتُبْغِضُه ، وذلك أعْظَمُ مِن ضَرَرِ طُولِ العِدَّةِ ، فجازَ دَفْعُ أعْلاهما بأدْناهما ، ولذلك لم يسْأَلِ النَّبىُّ ﷺ المُخْتَلِعَةَ عن حالِها ، ولأنَّ ضَرَرَ تطويلِ العِدَّةِ عليها ، والخُلْعُ يَحصُلُ بسؤالِها ، فيكونُ ذلك رضاءً منها به ، ودليلًا على رُجْحانِ مَصْلحتِها فيه .

١٢٣٣ ــ مسألة ؛ قال : (وَلَا يُسْتَحَبُّ لَهُ أَنْ يَأْخُذَ أَكْثَرَ مِمَّا أَعْطَاهَا)

هذا القولُ يدلُّ على صِحَّةِ الخُلْعِ بأكثرَ مِنَ الصَّداقِ ، وأنَّهما إذا تَراضَيا على الخُلْعِ / ١٦٣/٧و بشىءٍ صحَّ . وهذا قولُ أكثرِ أهلِ العلمِ . رُوِىَ ذلك عن عثمانَ ، وابنِ عمرَ ، وابنِ عبَّاسٍ ، وعِكْرِمَةَ ، ومُجَاهِدٍ ، وقَبِيصَةَ بنِ ذُؤَيْبٍ ، والنَّخَعِىِّ ، ومالكٍ ، والشَّافعىِّ ، وأصْحابِ الرَّأْىِ . ويُرْوَى عن ابنِ عبَّاسٍ ، وابنِ عمرَ ، أنَّهما قالا : لو اخْتلَعَتِ امرأةٌ مِن زَوْجِها بميراثِها ، وعِقَاصِ رأسِها ، كان ذلك جائزًا . وقال عَطاءٌ ، وطاوُسٌ ، والزُّهْرِىُّ ، وعمرو بنُ شُعَيْبٍ : لا يأخذُ أكثرَ مِمَّا أعطاها . ورُوِىَ ذلك عن علىٍّ[1] بإسنادٍ منقطعٍ . واختارَه أبو بكرٍ ، قال : فإنْ فعلَ ردَّ الزِّيادةَ . وعن سعيدِ بنِ المُسَيَّبِ قال : ما أرى أن يأخذَ كلَّ مالِها ، ولكن لِيَدَعْ لها شيئًا . واحتجُّوا بما رُوِىَ أنَّ جَمِيلَةَ بنتَ سَلُولٍ ، أتَتِ النَّبىَّ ﷺ ، فقالت : واللهِ ما أَعِيبُ على ثابتٍ فى دِينٍ ولا خُلُقٍ ، ولكن أكْرَهُ الكُفْرَ فى الإسلامِ ، لا أُطِيقُهُ بُغْضًا . فقال لها النَّبىُّ ﷺ : « أَتَرُدِّينَ عَلَيْهِ حَدِيْقَتَهُ ؟ » قالت : نعم . فأمرَه النَّبىُّ ﷺ أن يأخذَ منها حديقتَه ، ولا يَزْدادَ . رواه ابنُ

---

(١) أخرجه ابن أبى شيبة ، فى : باب من كره أن يأخذ من المختلعة أكثر مما أعطاها ، من كتاب الطلاق . المصنف ٥ / ١٢٣ . وعبد الرزاق ، فى : باب المفتدية بزيادة على صداقها ، من كتاب الطلاق . المصنف ٦ / ٥٠٣ . وسعيد بن منصور ، فى : باب ما جاء فى الخلع ، من كتاب الطلاق . السنن ١ / ٣٣٥ .

ماجه[٢] . ولأنَّه بَدَلٌ فى مُقابلةِ فَسْخٍ ، فلم يَزِدْ على قدرِه فى ابتداءِ العَقدِ ، كالعِوَضِ فى الإِقالةِ . ولَنا ، قولُ اللهِ تعالى : ﴿ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا ٱفْتَدَتْ بِهِ ﴾[٣] . ولأنَّه قولُ مَن سَمَّينا مِنَ الصَّحابةِ، قالت الرُّبَيِّعُ بنتُ مُعَوِّذٍ : اختلعتُ مِن زَوْجى بما دونَ عِقاصِ رأْسِى، فأجازَ ذلك عثمانُ بنُ عفَّانَ، رَضِىَ اللهُ عنه[٤] . ومثلُ هذا يَشْتَهِرُ ، فلم يُنْكَرْ ، فيكونُ إجماعًا ، ولم يَصِحَّ عن علىٍّ خلافُه . فإذا ثبتَ هذا ، فإنَّه لا يُسْتَحَبُّ له أن يأخذَ أكثرَ ممَّا أعْطاها . وبذلك قال سعيدُ بنُ المَسيَّبِ ، والحسنُ ، والشَّعْبِىُّ ، والحَكَمُ ، وحَمَّادٌ ، وإسحاقُ ، وأبو عُبَيْدٍ . فإنْ فعلَ جازَ مع الكَراهِيَةِ[٥] ، ولم يكْرَهْه أبو حنيفةَ ، ومالكٌ ، والشَّافعىُّ . قال مالكٌ : لم أزلْ أسمعُ إجازةَ الفِداءِ بأكثرَ مِنَ الصَّداقِ . ولَنا ، حديثُ جَمِيلةَ . ورُوِىَ عن عَطاءٍ ، عن النَّبىِّ ﷺ ، أنَّه كَرِهَ أن يأخذَ من المُخْتَلِعَةِ أكثرَ ممَّا أعْطاها . رواه أبو حفصٍ بإسنادِه[٦] . وهو صريحٌ فى الحُكْمِ ، فنَجْمعُ بين الآيةِ والخبرِ ، فنقول : الآيةُ دالَّةٌ على الجَوازِ ، والنَّهىُ عن الزِّيادةِ للكراهِيَةِ[٧] . واللهُ أعلمُ .

٧/١٦٣ظ **١٢٣٤ – مسألة ؛ قال : (وَلَوْ خَالَعَتْه / لِغَيْرِ مَا ذَكَرْنَا ، كُرِهَ لَهَا ذَلِكَ ، وَوَقَعَ الْخُلْعُ)**

فى بعضِ النُّسَخِ «بغيرِ ما ذكرنا» بالباءِ، فيَحْتَمِلُ أنَّه أرادَ بأكثرَ مِن صداقِها. وقد ذكَرْنا ذلك فى المسألةِ التى قبلَ هذه، والظَّاهِرُ أنَّه أرادَ إذا خالعتْه لغيرِ بُغضٍ، وخَشْيةً مِن أن لا تقيمَ[١] حُدودَ اللهِ، لأنَّه لو أرادَ الأوَّلَ لَقال : كُرِهَ له . فلمَّا قال : كُرِهَ لها . دلَّ على أنَّه أرادَ مُخالعتَها له[٢] ، والحالُ عامرةٌ ، والأخلاقُ مُلْتَئِمةٌ ، فإنَّه يُكْرَهُ لها ذلك ، فإن فعلَتْ

---

(٢) فى : باب المختلعة تأخذ ما أعطاها ، من كتاب الطلاق . سنن ابن ماجه ١ / ٦٦٣ .

(٣) سورة البقرة ٢٢٩ .

(٤) أخرجه البيهقى ، فى : باب الوجه الذى تحل به الفدية ، من كتاب الخلع والطلاق . السنن الكبرى ٧ / ٣١٥ . وعبد الرزاق ، فى : باب المفتدية بزيادة على صداقها ، من كتاب الطلاق . المصنف ٦ / ٥٠٤ .

(٥) فى ا ، ب ، م : « الكراهة » .

(٦) وأخرجه عبد الرزاق ، فى : باب المفتدية بزيادة على صداقها ، من كتاب الطلاق . المصنف ٦ / ٥٠٢ .

(٧) فى الأصل ، ب ، م : « للكراهة » .

(١) فى ا : « تقيما » .

(٢) سقط من : الأصل .

صحَّ الخُلْعُ ، فى قولِ أكثرِ أهلِ العلمِ ؛ منهم أبو حنيفةَ ، والثَّورِىُّ ، ومالكٌ ، والأَوْزاعىُّ ، والشَّافعىُّ . ويَحْتَمِلُ كلامُ أحمدَ تَحْرِيمَه ؛ فإنَّه قال : الخُلْعُ مثلُ حديثِ سَهْلَةَ ، تَكْرهُ الرَّجلَ فتُعْطِيه المهرَ ، فهذا الخُلعُ . وهذا يدلُّ على[3] أنَّه لا يكونُ الخُلْعُ صحيحًا إلَّا فى هذه الحالِ . وهذا قولُ ابن المُنْذِرِ ، وداودَ . وقال ابنُ المُنْذِرِ : ورُوِىَ معنى ذلك عن ابنِ عبَّاسٍ ، وكثيرٍ من أهلِ العلمِ ؛ وذلك لأنَّ اللهَ تعالى قال : ﴿ وَلَا يَحِلُّ لَكُمْ أَن تَأْخُذُواْ مِمَّآ ءَاتَيْتُمُوهُنَّ شَيْئًا إِلَّآ أَن يَخَافَآ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ ٱللَّهِ ﴾ .[4] وهذا صَريحٌ فى التَّحْرِيمِ إذا لم يخافا ألَّا يُقيمَا حُدُودَ اللهِ ، ثم قال[4] : ﴿ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ ٱللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا ٱفْتَدَتْ بِهِ ﴾ . فدلَّ بمفهومِه على أنَّ الجُناحَ لاحِقٌ بهما إذا افتدتْ مِن غيرِ خوفٍ ، ثم غلَّظَ بالوعيدِ فقال : ﴿ تِلْكَ حُدُودُ ٱللَّهِ فَلَا تَعْتَدُوهَا وَمَن يَتَعَدَّ حُدُودَ ٱللَّهِ فَأُوْلَٰٓئِكَ هُمُ ٱلظَّٰلِمُونَ ﴾[5] . ورَوَى ثَوْبانُ قال : قال رسولُ الله ﷺ : « أَيُّمَا امْرَأَةٍ سَأَلَتْ زَوْجَهَا الطَّلَاقَ ، مِنْ غَيْرِ مَا بَأْسٍ ، فحَرَامٌ عَلَيْهَا رَائِحَةُ الْجَنَّةِ » . رَواه أبو داودَ[6] . وعن أبى هريرةَ عن النَّبىِّ ﷺ قال : « الْمُخْتَلِعَاتُ والْمُنْتَزِعَاتُ هُنَّ الْمُنَافِقَاتُ » رَواه أبو حفصٍ ، ورواه أحمدُ ، فى « المسندِ »[7] ، وذكره مُحْتجًّا به ، وهذا يدل على تَحْريمِ المُخالَعَةِ لغيرِ حاجةٍ ، ولأنَّه إضْرارٌ بها وبزَوْجِها ، وإزالةٌ لمصالحِ النِّكاحِ من غيرِ حاجةٍ ، فحُرِّمَ ؛ لقوله ﷺ : « لَا ضَرَرَ وَلَا ضِرَارَ »[8] . واحتجَّ مَن

---

(٣) سقط من : ب ، م .

(٤ - ٤) سقط من : ب ، م .

(٥) سورة البقرة ٢٢٩ .

(٦) فى : باب فى الخلع ، من كتاب الطلاق . سنن أبى داود ١ / ٥١٦ .

كما أخرجه الترمذى ، فى : باب ما جاء فى المختلعات ، من كتاب الطلاق . عارضة الأحوذى ٥ / ١٦٢ ، ١٦٣ . وابن ماجه ، فى : باب كراهية الخلع للمرأة ، من كتاب الطلاق . سنن ابن ماجه ١ / ٦٦٢ . والدارمى ، فى : باب النهى عن أن تسأل المرأة زوجها طلاقها ، من كتاب الطلاق . سنن الدارمى ٢ / ١٦٢ . والإمام أحمد ، فى : المسند ٥ / ٢٨٣ .

(٧) فى : ٢ / ٤١٤ .

كما أخرجه الترمذى ، فى : باب ما جاء فى المختلعات ، من كتاب الطلاق . عارضة الأحوذى ٥ / ١٦٢ . والنسائى ، فى : باب ما جاء فى الخلع ، من كتاب الطلاق . المجتبى ٦ / ١٣٨ .

(٨) فى ا : « إضرار » . وتقدم تخريجه فى : ٤ / ١٤٠ .

أجازَه بقولِ اللهِ سبحانه : ﴿ فَإِن طِبْنَ لَكُمْ عَن شَىْءٍ مِّنْهُ نَفْسًا فَكُلُوهُ هَنِيٓـًٔا مَّرِيٓـًٔا ﴾[9] .

١٦٤/٧و قال ابنُ المُنذِرِ : لا يَلْزَمُ مِنَ الجَوَازِ فى غيرِ عَقْدٍ ، الجوازُ فى المُعاوَضَةِ ؛/ بدليلِ الرِّبا ، حرَّمَه اللهُ فى العَقْدِ ، وأجازَه[10] فى الهِبَةِ . والحُجَّةُ مع مَن حرَّمَه ، وخصوصُ الآيةِ فى التَّحريمِ ، يجبُ تقديمُه[11] على عُمومِ آيةِ الْجَوازِ ، معَ ما عَضَدَها من الأخْبارِ . واللهُ أعلمُ .

فصل : فأمَّا إنْ عَضَلَ زوجتَه ، وضَارَّها بالضَّرْبِ والتَّضييقِ عليها ، أو مَنَعَها حُقوقَها ؛ من النَّفقةِ ، والقَسْمِ ، ونحوِ ذلك ، لتَفتدىَ نفسَها منه[12] ، ففعلتْ ، فالخُلْعُ باطلٌ ، والعِوَضُ مردودٌ . رُوِىَ ذلك عن ابنِ عبَّاسٍ ، وعَطاءٍ ، ومُجاهِدٍ ، والشَّعْبِىِّ ، والنَّخَعِىِّ ، والقاسمِ بنِ محمدٍ ، وعُرْوَةَ ، وعمرو بنِ شُعَيبٍ ، وحُمَيْدِ بنِ عبدِ الرَّحمنِ ، والزُّهْرِىِّ . وبه قال مالكٌ ، والثَّورىُّ ، وقَتادةُ ، والشَّافعىُّ ، وإسحاقُ . وقال أبو حنيفةَ : العَقْدُ صحيحٌ ، والعِوَضُ لازمٌ ، وهو آثمٌ عاصٍ . ولَنا ، قولُ اللهِ تعالى : ﴿ وَلَا يَحِلُّ لَكُمْ أَن تَأْخُذُواْ مِمَّآ ءَاتَيْتُمُوهُنَّ شَيْـًٔا إِلَّآ أَن يَخَافَآ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ ﴾ . وقال اللهُ تعالى : ﴿ لَا يَحِلُّ لَكُمْ أَن تَرِثُواْ ٱلنِّسَآءَ كَرْهًا وَلَا تَعْضُلُوهُنَّ لِتَذْهَبُواْ بِبَعْضِ مَآ ءَاتَيْتُمُوهُنَّ ﴾[13] . ولأنَّه عِوَضٌ أُكْرِهَتْ[14] على بذلِه بغيرِ حقٍّ ، فلم يُسْتَحَقَّ ، كالثَّمَنِ[15] فى البَيْعِ ، والأجرِ فى الإجارةِ . وإذا لم يَملِكِ العِوَضَ ، وقُلْنا : الخُلعُ طلاقٌ . وقعَ الطَّلاقُ بغيرِ عِوَضٍ ، فإنْ كان أقلَّ مِن ثلاثٍ ، فله رَجْعَتُها ؛ لأنَّ الرَّجعةَ إنَّما سقَطتْ بالعِوَضِ ، فإذا سقَطَ العِوَضُ ، ثَبتتِ الرَّجعةُ . وإن قُلْنا : هو فسخٌ . ولم

---

(٩) سورة النساء ٤ .

(١٠) فى ب ، م : « وأباحه » .

(١١) فى ا : « تقديمها » .

(١٢) سقط من : الأصل .

(١٣) سورة النساء ١٩ .

(١٤) فى ب ، م : « أكرهن » .

(١٥) فى الأصل : « كاليمين » .

يَنْوِ به الطَّلاقَ ، لم يقَعْ شيءٌ ؛ لأنَّ الخُلْعَ بغيرِ عِوَضٍ لا يقَعُ على إحْدَى الرِّوايتَيْنِ ، وعلى الرِّوايةِ الأُخْرَى ، إنَّما رَضِيَ بالفسخِ هٰهُنا بالعِوَضِ ، فإذا لم يحْصُلْ له العِوَضُ ، لا يحصُلُ المُعَوَّضُ . وقال مالكٌ : إن أخذَ منها شيئًا على هذا الوجهِ ، ردَّه ، ومَضَى الخُلْعُ عليه . ويَتخَرَّجُ لنا مثلُ ذلك إذا قُلْنا : يَصِحُّ الخُلْعُ بغيرِ عِوَضٍ .

فصل : فأمَّا إن ضَرَبَها على نُشُوزِها ، ومَنَعَها حقَّها ، لم يَحْرُمْ خُلْعُها لذلك ؛ لأنَّ ذلك لا يمنعُهما أن لا[١٦] يخافا أن لا يُقيما حُدودَ اللهِ . وفى بعضِ حديثِ حَبيبةَ ، أنَّها كانت تحتَ ثابتِ بنِ قيسٍ ، فضربَها ، فكسرَ ضِلَعَها[١٧] ، فأتتِ النَّبيَّ ﷺ ، فدَعَا النَّبيُّ ﷺ ثابتًا ، فقال : « خُذْ بَعْضَ مَالِهَا ، وَفَارِقْهَا » . فَفَعَلَ . رواه أبو داودَ[١٨] . وهكذا / لو ضربَها ظُلْمًا ؛ لسُوءِ خُلُقِه أو غيرِه ، لا يُريدُ بذلك أن تفْتَدِىَ نفسَها ، لم يحْرُمْ عليه مُخالعتُها ؛ لأنَّه لم يَعْضُلْها ليَذْهبَ ببعضِ ما آتاها ، ولكن عليه إثمُ الظُّلمِ .

١٦٤/٧ظ

فصل : فإن أتتْ بفاحِشَةٍ ، فعضَلَها لتفْتَدِىَ نفسَها منه ، ففعَلتْ ، صحَّ الخُلْعُ ؛ لقول اللهِ تعالى : ﴿ وَلَا تَعْضُلُوهُنَّ لِتَذْهَبُواْ بِبَعْضِ مَآ ءَاتَيْتُمُوهُنَّ إِلَّآ أَن يَأْتِينَ بِفَٰحِشَةٍ مُّبَيِّنَةٍ ﴾ . والاسْتِثْناءُ مِنَ النَّهْيِ إباحةٌ ، ولأنَّها متى زنَتْ ، لم يأْمَنْ أن تُلحِقَ به ولدًا من غيرِه ، وتُفْسِدَ فِراشَه ، ولا[١٩] تُقيمَ حدودَ اللهِ فى حقِّه ، فتَدخلَ فى قولِ اللهِ تعالى : ﴿ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ ٱللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا ٱفْتَدَتْ بِهِۦ ﴾ . وهذا أحدُ قَوْلَىِ الشَّافعىِّ ، والقولُ الآخرُ : لا يصحُّ ؛ لأنَّه عِوَضٌ أُكْرِهتْ عليه ، أشْبَهَ ما لو لم تَزْنِ . والنَّصُّ أَوْلَى .

فصل : إذا خَالَعَ زوجتَه ، أو بارأَها بِعِوضٍ ، فإنَّهما يتراجَعانِ بما بينهما مِنَ

---

(١٦) سقط من : ب ، م .

(١٧) فى ا : « بعضها » .

(١٨) تقدم تخريجه فى صفحة ٢٦٧ .

(١٩) فى ا ، ب ، م : « فلا » .

الحُقوقِ ، فإنْ كان قبلَ الدُّخولِ ، فلها نِصْفُ المَهْرِ ، وإن كانت قَبَضَتْه كلَّه ، ردَّتْ نصفَه ، وإن كانت مُفَوِّضةً ، فلها المُتْعةُ . وهذا قول عطاءٍ ، والنَّخَعِيِّ[٢٠] ، والزُّهْرِيِّ ، والشَّافعيِّ . وقال أبو حنيفةَ : ذلك بَراءةٌ لكلِّ واحدٍ منهما ممَّا لصاحبِه عليه مِنَ المهرِ . وأمَّا الدُّيونُ التى ليست من حُقوقِ الزَّوْجيَّةِ ، فعَنه فيها روايتانِ ، ولا تَسْقُطُ النَّفقةُ فى المستقبلِ ؛ لأنَّها ما وجَبتْ بعدُ . ولَنا ، أنَّ المهرَ حقٌّ لا يسْقُطُ بالخُلْعِ ، إذا كان بلَفْظِ الطَّلاقِ ، فلا يسْقُطُ بلفظِ الخُلْعِ ، والمباراَةُ ، كسائرِ الدُّيونِ ونَفقةِ العِدَّةِ إذا كانت حاملًا ، ولأنَّ نِصْفَ المهرِ الذى يصيرُ له لم يجبْ له قبلَ الخُلْعِ ، فلم يسْقُطْ بالمُباراَةِ ، كنَفقةِ العِدَّةِ ، والنِّصْفُ لها لا يَبْرأُ منه بقَوْلِها : باراَتُك . لأنَّ ذلك يَقْتضِى بَراءَتها من حُقوقِه ، لا براءَتَه من حُقوقِها .

١٢٣٥ – مسألة ؛ قال : (**وَالخُلْعُ فَسْخٌ ، فِى إحْدَى الرِّوَايَتَيْنِ ، وَالْأُخْرَى أَنَّهُ تَطْلِيقَةٌ بَائِنَةٌ**)

اخْتلفتِ الرِّوايةُ عن أحمدَ فى الخُلْعِ ؛ ففى إحْدَى الرِّوايتَيْنِ أنَّه فَسْخٌ . وهذا اختيارُ أبى بكرٍ ، وقولُ ابنِ عبَّاسٍ ، وطاوسٍ ، وعِكْرِمَةَ ، وإسحاقَ ، وأبى ثَوْرٍ ، وأحدُ قولَىِ الشَّافعىِّ . والرِّوايةُ الثَّانيةُ ، أنَّه طلقةٌ بائنةٌ . رُوِىَ ذلك عن / سعيدِ بنِ المُسيَّبِ ، والحسنِ ، وعَطاءٍ ، وقَبيصَةَ ، وشُرَيْحٍ ، ومُجاهدٍ ، وأبى سَلَمَةَ بنِ عبدِ الرحمنِ ، والنَّخَعِىِّ ، والشَّعْبِىِّ ، والزُّهْرِىِّ ، ومكحولٍ ، وابنِ أبى نَجِيحٍ ، ومالكٍ ، والأَوْزَاعىِّ ، والثَّورىِّ ، وأصْحابِ الرَّأْىِ . وقد رُوِىَ عن عثمانَ ، وعلىٍّ ، وابن مسعودٍ ، لكنْ ضعَّفَ أحمدُ الحديثَ عنهم[١] ، وقال :

١٦٥/٧و

---

(٢٠) سقط من : ا ، ب ، م .

(١) الرواية عن على وابن مسعود أخرجها سعيد بن منصور ، فى : باب ما جاء فى الخلع ، من كتاب الطلاق . سنن سعيد بن منصور ١ / ٣٣٩ . وأخرج ابن أبى شيبة الرواية عن عثمان ، فى : باب ما قالوا فى الرجل إذا خلع امرأته ، كم يكون من الطلاق . وكذلك أخرج حديث ابن عباس ، فى : باب من كان لا يرى الخلع طلاقا ، كلاهما فى كتاب الطلاق . الكتاب المصنف ٥ / ١١٢ . وأخرج البيهقى الرواية عن عثمان وعلى وابن مسعود ، وكذلك حديث ابن عباس ، وأورد كلام الإمام أحمد عن هذه الأحاديث نقلا عن ابن المنذر ، وذلك فى : باب الخلع هل هو فسخ أو طلاق من كتاب الخلع والطلاق . سنن البيهقى ٧ / ٣١٦ .

ليس لنا[٢] فى الباب شىءٌ أصحَّ من حديثِ ابن عبَّاسٍ أنَّه فَسْخٌ . واحْتَجَّ ابنُ عبَّاسٍ بقوله تعالى : ﴿ ٱلطَّلَٰقُ مَرَّتَانِ ﴾[٣] . ثم قال : ﴿ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا ٱفْتَدَتْ بِهِ ﴾[٣] ، ثم قال : ﴿ فَإِن طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُۥ مِنۢ بَعْدُ حَتَّىٰ تَنكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُۥ ﴾[٤] . فذكَر تطْليقتَيْنِ والخُلعَ وتَطْليقةً بعدَها ، فلو كان الخُلْعُ طَلاقًا لكان أربعًا ، ولأنَّها فُرقةٌ خَلَتْ عن صَريحِ الطَّلاقِ ونيَّتِه ، فكانت فَسْخًا ، كسائرِ الفُسُوخِ . ووَجْهُ الثَّانيةِ أنَّها بَذَلتْ العِوَضَ للفُرقةِ ، والفُرْقةُ التى يَمْلِكُ الزَّوجُ إيقاعَها هى الطَّلاقُ دونَ الفسخِ ، فوجبَ أن يكونَ طلاقًا ، ولأنَّه أتى بكِنايةِ الطَّلاقِ ، قاصدًا فِراقَها ، فكان طلاقًا ، كغيرِ الخُلْعِ . وفائدةُ الرِّوايتيْنِ ، أنَّا إذا قُلْنا : هو طَلْقةٌ . فخالَعَها مَرَّةً ، حُسِبَتْ طَلْقةً ، فنَقَصَ[٥] بها عددُ طَلاقِها[٦] . وإن خالعَها ثلاثًا ، طَلُقَتْ ثلاثًا ، فلا تَحِلُّ له مِن بعدُ حتى تَنْكِحَ زوجًا غيرَه . وإن قُلْنا : هو فسخٌ . لم تَحرُمْ عليه ، وإن خالعَها مائةَ مرَّةٍ . وهذا الخلافُ فيما إذا خالعَها بغيرِ لَفْظِ الطَّلاقِ ، ولم يَنْوِه . فأمَّا إن بذَلتْ له العِوَضَ على فراقِها ، فهو طَلاقٌ ، لا اخْتلافَ فيه ، وإن وقعَ بغيرِ لَفْظِ الطَّلاقِ ، مثل كناياتِ الطَّلاقِ ، أو لفظِ الخُلْعِ والمُفاداةِ ، ونحوِهما ، ونَوَى به الطَّلاقَ ، فهو طلاقٌ أيضًا ؛ لأنَّه كِناية نَوَى الطَّلاقَ ، فكانت طلاقًا ، كما لو كان بغيرِ عِوَضٍ ، فإن لم يَنْوِ بِهِ الطَّلاقَ ، فهو الذى فيه الرِّوايتانِ . واللهُ أعلمُ .

فصل : وألفاظُ الخُلْعِ تَنقسمُ إلى صريحٍ وكِنايةٍ ؛ فالصَّريحُ ثلاثةُ ألفاظٍ ؛ خالعتُكِ ؛ لأنَّه ثبتَ له العُرفُ . والمُفاداةُ ؛ لأنَّه وَرَدَ به القرآنُ ، بقوله سبحانه :

---

(٢) سقط من : ب ، م .

(٣) سورة البقرة ٢٢٩ .

(٤) سورة البقرة ٢٣٠ .

(٥) فى ب ، م : « فينقص » .

(٦) فى ا ، ب ، م : « طلاقه » .

﴿ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا ٱفْتَدَتْ بِهِ ﴾ . وفسَخْتُ نكاحَكِ ؛ لأنَّه حَقيقةٌ فيه ، فإذا أتَى بأحدِ هذه الألفاظِ ، وقعَ من غيرِ نيَّةٍ ، وما عدا هذه مثلُ : بارأْتُكِ ، وأبرَأْتُكِ ، وأبنْتُكِ . فهو كنايةٌ / ؛ لأنَّ الخُلْعَ أحدُ نَوْعَيِ الفُرْقةِ ، فكان له صَرِيحٌ وكِنايةٌ ، كالطَّلاقِ . وهذا قولُ الشَّافعيِّ ، إلَّا أنَّ له فى لفظِ الفَسْخِ وَجْهيْنِ ، فإذا طلبتِ الخُلْعَ ، وبذَلت العِوَضَ ، فأجابَها بصَرِيحِ الخُلعِ أو كِنايتِه[7] ، صحَّ من غيرِ نِيَّةٍ ؛ لأنَّ دَلالةَ الحالِ مِن سُؤَالِ الخُلعِ وبذلِ العِوَضِ ، صارفةٌ إليه ، فأغْنَى عَنِ النِّيَّةِ فيه ، وإن لم يكُنْ دَلالةُ حالٍ ، فأتَى بِصَرِيحِ الخُلْعِ ، وقعَ مِن غيرِ نِيَّةٍ ، سواءٌ قُلْنا : هو فسخٌ أو طلاقٌ . ولا يقعُ بالكنايةِ إلَّا بِنِيَّةٍ مِمَّن تَلفَّظَ به منهما ، ككِناياتِ الطَّلاقِ مع صَرِيحِه . واللهُ أعلمُ .

١٦٥/٧ظ

فصل : ولا يحْصُلُ الخُلْعُ بمُجَرّدِ بَذْلِ المالِ وقَبولِه[8] ، مِن غيرِ لَفْظِ الزَّوْجِ . قال القاضى : هذا الذى عليه شُيوخُنا البَغْداديُّونَ . وقد أوْمَأَ إليه أحمدُ . وذهبَ أبو حفصٍ العُكْبَرِيُّ ، وابنُ شِهَابٍ ، إلى وُقوعِ الفُرْقةِ بقَبُولِ الزَّوجِ للعِوَضِ . وأفْتَى بذلك ابنُ شِهابٍ بعُكْبَرا[9] ، واعترضَ عليه أبو الحُسَيْنِ بنُ هُرْمُزَ[10] ، واسْتَفْتَى عليه مَن كان ببغدادَ من أصحابِنا ، فقال ابنُ شهابٍ : المُخْتَلِعَةُ على وَجْهيْنِ ، مُسْتَبْرِئَةٌ ، ومُفْتَدِيَةٌ ، فالمُفْتدِيَةُ هى التى تقول : لا أنا ولا أنت ، ولا أَبَرُّ لك قَسَمًا ، وأنا أفْتَدِى نفسِى منك . فإذا قبلَ الفديةَ ، وأخذَ المالَ ، انْفَسخَ النِّكاحُ ؛ لأنَّ إسحاقَ بنَ منصورٍ رَوَى ، قال : قلتُ لأحمدَ : كيف الخُلْعُ ؟ قال : إذا أخذَ المالَ ، فهى فُرْقةٌ . وقال إبراهيمُ النَّخَعِيُّ : أخذُ المالِ تطليقةٌ بائنةٌ . ونحوُ ذلك عن الحسنِ . وعن علىٍّ ، رَضِىَ اللهُ عنهُ : مَن قبلَ مالًا

---

(7) فى ب ، م : « وكنايته » .

(8) فى الأصل ، ا ، ب : « وقوله » .

(9) عكبرا : اسم بليدة من نواحى دجيل ، قرب صريفين وأوانا ، بينهما وبين بغداد عشرة فراسخ . معجم البلدان ٣ / ٧٠٥ .

(10) أبو الحسين محمد بن هرمز العكبرى القاضى ، كانت له رياسة وجلالة ، توفى سنة أربع وعشرين وأربعمائة . طبقات الحنابلة ٢ / ١٨١ .

على فِرَاقٍ ، فهى تَطْليقةٌ بائنةٌ ، لا رَجْعةَ له[11] فيها . واحتجَّ بقَوْلِ النَّبىِّ ﷺ لجميلةَ : « أَتَرُدِّيْنَ عَلَيْهِ حَدِيقَتَهُ ؟ » قالتْ : نعم ، ففرَّقَ رسولُ اللهِ ﷺ بينهما . وقال : « خُذْ مَا أَعْطَيْتَهَا ، وَلَا تَزْدَدْ »[12] ، ولم يَسْتَدْعِ مِنْهُ لَفْظًا . ولأنَّ دَلالةَ الحالِ تُغْنِى عن اللَّفْظِ ؛ بدليلِ مالو دفعَ ثَوْبَه إلى قَصَّارٍ أو خيَّاطٍ مَعْروفَيْنِ بذلك ، فعَمِلاه ، اسْتَحقَّا الأَجْرَ[13] ، وإن لم يشْتَرِطا عِوَضًا . ولَنا ، أنَّ هذا أحدُ نَوْعَيِ الخُلْعِ ، فلم يصحَّ بدونِ اللَّفظِ ، كما لو سألَتْه أن يُطَلِّقَهـا بعِوَضٍ ، ولأنَّه تَصرُّفٌ فى البُضْعِ بِعِوَضٍ ، فلم يصحَّ بدُونِ اللَّفظِ ، كالنِّكاحِ والطَّلاقِ ، ولأنَّ أخْذَ المالِ قَبْضٌ لِعِوَضٍ ، فلم يقُمْ بمُجَرَّدِه مَقامَ الإيجابِ ، كقَبضِ أحدِ العِوَضيْنِ فى البيعِ ، ولأنَّ الخُلْعَ إن كان طلاقًا ، فلا يقعُ بدون صَرِيحِه أو كِنايَتِه ، وإن كان فَسْخًا فهو أحدُ طَرَفَىْ عَقْدِ النِّكاحِ ، فيُعتبَرُ فيه اللَّفظُ ، كابتداءِ العَقدِ . وأمَّا حديثُ جَمِيلةَ ، فقد رواه البُخارىُّ : « اقْبَلِ الحَدِيقَةَ ، وَطَلِّقْهَا تَطْلِيقَةً »[14] . وهذا صريحٌ فى اعتبارِ اللَّفظِ . وفى رِوَايةٍ / : فأمَرَه ففارَقَها . ومَن لم يذكرِ الفُرْقَةَ ، فإنَّما اقْتَصرَ على بعضِ القِصَّةِ ، بدليلِ روايةِ مَن رَوَى الفُرْقةَ والطَّلاقَ ، فإنَّ القِصَّةَ واحدةٌ ، والزِّيادةُ مِنَ الثِّقَةِ مقبولةٌ ، ويدلُّ على ذلك أنَّه قال : ففرَّقَ النَّبىُّ ﷺ بينهما ، وقال : « خُذْ مَا أَعْطَيْتَهَا » . فجعلَ التَّفْريقَ قَبْلَ العِوَضِ ، ونسَبَ التَّفْريقَ إلى النَّبىِّ ﷺ ، ومعلومٌ أنَّ النَّبىَّ ﷺ لا يُباشِرُ التَّفْريقَ ، فدلَّ على أن النَّبىَّ ﷺ أمرَ به ، ولعلَّ الرَّاوِىَ اسْتَغْنَى بذكْرِ العِوَضِ عن ذكْرِ اللَّفظِ ؛ لأنَّه معلومٌ منه . وعلى هذا يُحْمَلُ كلامُ أحمدَ وغيرِه مِنَ الأئمَّةِ ، ولذلك لم يذْكرُوا مِن جانبِها لفظًا ولا دلالةَ حالٍ ، ولا بُدَّ منه اتِّفاقًا .

١٦٦/٧ و

---

(١١) فى ب ، م : « لها » .

(١٢) تقدم تخريجه فى صفحة ٢٦٧ .

(١٣) فى ب ، م : « الأجرة » .

(١٤) تقدم تخريجه فى صفحة ٢٦٧ .

١٢٣٦ ـ مسألة ؛ قال : (وَلَا يَقَعُ بِالمُعْتَدَّةِ مِنَ الْخُلْعِ طَلَاقٌ ، وَلَوْ وَاجَهَهَا بِهِ)

وجملةُ ذلكَ أنَ المُخْتَلِعَةَ لا يَلْحقُها طلاقٌ بحالٍ .وبه قال ابنُ عبَّاسٍ ، وابنُ الزُّبَيْرِ ، وعِكْرِمَةُ ، وجابرُ بنُ زَيدٍ ، والحسنُ ، والشَّعْبيُّ ، ومالكٌ ، والشَّافعيُّ ، وإسحاقُ ، وأبو ثَوْرٍ . وحُكِيَ عن أبى حنيفةَ أنَّه يَلْحقُها الطَّلاقُ الصَّريحُ المُعَيَّن ، دونَ الكنايةِ والطَّلاقِ المرسَلِ ، وهو أن يقولَ : كلُّ امرأةٍ لى طالقٌ . ورُوِىَ نحوُ ذلك عن سعيدِ بنِ المُسيَّبِ ، وشُرَيحٍ ، وطاوُسٍ ، والنَّخَعِيِّ ، والزُّهْرِيِّ ، والحكَمِ ، وحَمَّادٍ ، والثَّوْرِيِّ ؛ لما رُوِىَ عن النَّبيِّ ﷺ ، أنَّه قال : « المُخْتَلِعَةُ يَلْحقُهَا الطَّلَاقُ ، مَادَامَتْ فِى الْعِدَّةِ »[1] . ولَنا ، أنَّه قولُ ابنِ عبَّاسٍ وابنِ الزُّبيرِ ، ولا نعرفُ لهما مُخالِفًا فى عصرِهما . ولأنَّها لا تَحِلُّ له إلَّا بنكاحٍ جديدٍ ، فلم يَلْحَقْها طلاقُه ، كالمُطلَّقةِ قبلَ الدُّخولِ ، أو المُنقَضيةِ عِدَّتُها ، ولأنَّه لا يملكُ بُضْعَها ، فلم يَلْحَقْها طلاقُه ، كالأجْنبيَّةِ ، ولأنَّها لا يقَعُ بها الطَّلاقُ المُرْسَلُ ، ولا تُطلَّقُ بالكنايةِ ، فلا[2] يَلحقُها الصَّريحُ المُعيَّنُ ، كما قَبْلَ الدُّخولِ . ولا فَرْقَ بين أن يُواجِهَها به[3] ، فيقولَ : أنتِ طالقٌ . أو لا يُواجِهَها به ، مثل أن يقولَ : فلانةٌ طالقٌ . وحديثُهم لا نعْرِفُ له أصْلًا ، ولا ذكَرَه أصحابُ السُّنَنِ .

فصل : ولا يثْبُتُ فى الخُلْعِ رَجْعةٌ ، سواءٌ قُلْنا : هو فسخٌ أو طلاقٌ . فى قَوْلِ أكثرِ أهلِ العلم ؛ منهم الحسنُ ، وعطاءٌ ، وطاوسٌ ، والنَّخَعِيُّ ، والثَّوريُّ ، والأوزاعيُّ ، ومالكٌ ، والشَّافعيُّ ، وإسحاقُ . وحُكِيَ عن الزُّهْرِيِّ ، وسعيدِ بنِ المُسيَّبِ ، أنَّهما قالا : الزَّوجُ بالخيارِ بين إمْساكِ العِوَضِ ولا رجعةَ له ، وبين ردِّه وله الرَّجْعةُ . / وقال أبو ٧/١٦٦ظ

---

(١) أخرجه عبد الرزاق ، فى : باب الطلاق بعد الفداء ، من كتاب الطلاق . المصنف ٦ / ٤٨٩ .

(٢) فى ا ، ب ، م : « فلم » .

(٣) سقط من : ا .

ثَوْرٍ : إن كان الخُلْعُ بلفظِ الطَّلاقِ ، فله الرَّجعةُ ؛ لأنَّ الرَّجعةَ مِن حقوقِ الطَّلاقِ ، فلا تسْقُطُ بالعِوَضِ ، كالوَلاءِ مع العِتْقِ . ولَنا ، قولُه سبحانه وتعالى : ﴿ فِيمَا ٱفْتَدَتْ بِهِ ﴾[4] . وإنَّما يكونُ فداءً إذا خرجتْ به عن قَبْضتِه وسُلْطانِه ، وإذا كانت له الرَّجْعةُ ، فهى تحتَ حُكْمِه ، ولأنَّ القَصْدَ إزالةُ الضَّررِ عن المرأةِ ، فلو جازَ ارْتجاعُها ، لعَادَ الضَّررُ ، وفَارَقَ الوَلاءَ ؛ فإنَّ العِتْقَ لا يَنْفكُّ منه ، والطَّلاقُ ينْفكُّ عن الرَّجعةِ فيما قبلَ الدُّخولِ ، وإذا أكْملَ العددَ .

فصل : فإن شَرَطَ فى الخُلْعِ أنَّ له الرَّجْعةَ ، فقال ابنُ حامدٍ : يبْطُلُ الشَّرْطُ ، ويصحُّ الخُلْعُ . وهو قولُ أبى حنيفةَ ، وإحْدَى الرِّوايتيْنِ عن مالكٍ ؛ لأنَّ الخُلْعَ لا يفْسُدُ بكَوْنِ عِوَضِه فاسدًا ، فلا يفْسُدُ بالشَّرْطِ الفاسدِ ، كالنِّكاحِ ، ولأنَّه لفظٌ يقْتضِى البَيْنُونةَ . فإذا شَرَطَ الرَّجْعةَ معه ، بطَلَ الشَّرْطُ ، كالطَّلاقِ الثَّلاثِ . ويَحْتَمِلُ أنْ يبطُلَ الخُلْعُ وتثْبتَ الرَّجْعةُ . وهو مَنْصوصُ الشَّافعىِّ ؛ لأنَّ شَرْطَ العِوَضِ والرَّجْعةِ مُتنافِيانِ[5] ، فإذا شَرَطاهما سقَطا ، وبقِىَ مُجرَّدُ الطَّلاقِ ، فتُثْبتُ الرَّجعةَ بالأصلِ لا بالشَّرْطِ ، ولأنَّه شرطَ فى العَقْدِ ما يُنافِى مُقْتضاه ، فأبْطلَه ، كما لو شرَطَ أن لا يتصرَّفَ فى المبيعِ . وإذا حَكَمْنا بالصِّحَّةِ ، فقال القاضى : يسْقُطُ المُسمَّى فى العِوَضِ ؛ لأنَّه لم يَرْضَ به عِوَضًا حتى ضَمَّ إليه الشَّرطَ ، فإذا سقَطَ الشَّرْطُ ، وجَبَ ضَمُّ النُّقْصانِ الذى نقَصه من أجلِه إليه ، فيصيرُ مجهولًا ، فيسْقُطُ ، ويجبُ المُسمَّى فى العَقْدِ . ويَحْتَمِلُ أن يجبَ المُسمَّى ؛ لأنَّهما تَراضَيا به عِوَضًا ، فلم يجبْ غيرُه ، كما لو خَلَا عن شَرْطِ الرَّجْعةِ .

فصل : فإن شرطَ الخيارَ لها أو له ، يومًا أو أكثرَ ، وقَبِلَتِ المرأةُ ، صحَّ الخُلْعُ ، وبطَلَ الْخِيارُ . وبه قال أبو حنيفةَ ، فيما إذا كان الخِيارُ للرَّجلِ . وقال : إذا جعلَ الخيارَ للمرأةِ ، ثبتَ لها الخِيارُ ، ولم يقَعِ الطَّلاقُ . ولَنا ، أنَّ سَبَبَ وُقوعِ الطَّلاقِ وُجِدَ ، وهو اللَّفظُ به ،

---

(٤) سورة البقرة ٢٢٩ .

(٥) فى الأصل : « يتنافيان » .

فوقَعَ ، كما لو أطْلَقَ ، ومتى وقعَ ، فلا سَبِيلَ إلى رَفْعِه .

فصل : نقلَ مُهَنَّا ، فى رجلٍ قالت له امرأتُه : اجْعَلْ أَمْرِى بيَدِى ، وأُعْطِيك عَبْدِى هذا . فقَبَضَ العبدَ ، وجعلَ أمرَها بيدِها ، وباع العبدَ قبلَ أن تقولَ المرأةُ شيئًا : هو له ، إنَّما قالتْ : اجعَلْ أَمْرِى بيَدِى وأُعْطِيك . فقيل له[6] : متى شاءتْ تخْتارُ ؟ قال : نعم ، ما لم يَطَأْها ، أو ينقُضْ . فجعلَ له الرُّجوعَ مالم تُطَلِّقْ . وإذا رجَعَ فيَنْبَغِى أن تَرْجِعَ عليه / بالعِوَضِ ؛ لأنَّه اسْتَرْجَعَ ما جعَلَ لها ، فتَسْترجِعُ منه ما أعْطَتْه . ولو قال : إذا جاء رأسُ الشَّهرِ فأمْرُك بيدِكِ . ملَكَ إبطالَ هذه الصِّفَةِ ؛ لأنَّ هذا يجوزُ الرُّجُوعُ فيه لو لم يكُنْ مُعَلَّقًا ، فمعَ التَّعْليقِ أَوْلَى ، كالوكالةِ . قال أحمدُ : ولو جعَلتْ له امرأتُه ألفَ درهمٍ على أن يُخيِّرَها ، فاخْتارتِ الزَّوجَ ، لا يَرُدُّ عليها شيئًا ، ووَجْهُه أنَّ الألْفَ فى مُقابلَةِ تمْليكِه إيَّاها الخيارَ ، وقد فعلَ ، فاسْتَحقَّ الألفَ ، وليستِ الألفُ فى مُقابلَةِ الفُرْقةِ .

١٦٧/٧و

فصل : إذا قالتِ امْرأتُه : طَلِّقْنِى بدينارٍ . فطلَّقَها ، ثم ارْتدَّتْ ، لزِمَها الدِّينارُ ، ووقعَ الطَّلاقُ بائنًا ، ولا تُؤثِّرُ الرِّدَّةُ ؛ لأنَّها وُجِدَتْ بعدَ[7] البَيْنُونةِ . وإن طلَّقَها بعد رِدَّتِها وقبلَ دخولِه بها ، بانَتْ بالرِّدَّةِ[8] ، ولم يقَعِ الطَّلاقُ ؛ لأنَّه صادفَها بائنًا ، فإن كان بعدَ الدُّخولِ ، وقُلْنا : إنَّ الرِّدَّةَ ينفَسِخُ بها النِّكاحُ فى الحالِ . فكذلك ، وإن قُلْنا : يَقِفُ على انْقِضاءِ العِدَّةِ . كان الطَّلاقُ مُراعًى . فإن أقامتْ على رِدَّتِها حتى انْقضتْ عِدَّتُها ، تَبيَّنَّا أنَّها لم تكُنْ زَوْجتَه[9] حين طلَّقَها ، فلم يقَعْ ، ولا شىءَ له عليها ، وإن رجَعتْ إلى الإسلامِ ، بانَ أنَّ الطَّلاقَ صادَفَ زَوْجتَه[10] ، فوقعَ ، واستَحقَّ عليها العِوَضَ .

---

(٦) سقط من : الأصل .

(٧) سقط من : ب ، م .

(٨) فى النسخ : « الردة » .

(٩) فى الأصل : « زوجة » .

(١٠) فى ا ، ب ، م : « زوجة » .

١٢٣٧ ـ مسألة؛ قال: (وَإِذَا قَالَتْ لَهُ: اخْلَعْنِى عَلَى مَا فِى يَدِى مِنَ الدَّرَاهِمِ. فَفَعَلَ، فَلَمْ يَكُنْ فِى يَدِهَا شَىءٌ، لَزِمَهَا[1] ثَلَاثَةُ دَرَاهِمَ)

وجملةُ ذلك أنَّ الخُلْعَ بالمجهولِ جائزٌ، وله ما جُعِلَ له. وهذا قولُ أصحابِ الرَّأْىِ. وقال أبو بكرٍ: لا يصحُّ الخُلْعُ، ولا شىءَ له؛ لأنَّه مُعاوَضَةٌ، فلا يصِحُّ بالمجهولِ، كالبيعِ. وهذا قولُ أبى ثَوْرٍ. وقال الشَّافعىُّ: يصِحُّ الخُلْعُ، وله مهرُ مثلِها؛ لأنَّه مُعاوَضَةٌ بالبُضْعِ، فإذا كان العِوَضُ مجهولًا، وجبَ مهرُ المِثْلِ، كالنِّكاحِ. ولَنا، أنَّ الطَّلاقَ معنًى يجوزُ تعليقُه بالشَّرطِ، فجازَ أن يُسْتَحقَّ به العِوَضُ المجهولُ كالوصيَّةِ، ولأنَّ الخُلْعَ إسْقاطٌ لحقِّه مِنَ البُضْعِ، وليس فيه تمْليكُ شىءٍ، والإسْقاطُ تدْخلُه المُسَامَحَةُ، ولذلك جازَ مِن غيرِ عِوَضٍ، بخلافِ النِّكاحِ. وإذا صحَّ الخُلْعُ، فلا يجبُ مَهْرُ المِثْلِ؛ لأنَّها لم تبذُلْه، ولا فوَّتَتْ عليه ما يُوجِبُه، فإنَّ خروجَ البُضْعِ مِن مِلْكِ الزَّوجِ غيرُ مُتَقَوَّمٍ، بدليلِ ما لو أخرجَتْه من مِلْكِه بردَّتِها، أو رَضاعِها لِمَنْ ينْفَسِخُ به نِكاحُها، لم يجِبْ عليها شىءٌ، ولو قتلتْ نفسَها أو قتلَها أجنبىٌّ، لم يجِبْ للزَّوجِ عِوَضٌ عن بعضِها، ولو وُطِئَتْ بشُبْهةٍ أو مُكرَهةً، لوَجبَ/ المهرُ لها دونَ الزَّوجِ، ولو طاوَعتْ لم يكُنْ للزَّوجِ شىءٌ، وإنَّما يُتقوَّمُ البُضْعُ على الزَّوْجِ فى النِّكاحِ خاصَّةً، وأباحَ لها افْتداءَ نفسِها لحاجتِها إلى ذلك، فيكونُ الواجبُ ما رَضِيَتْ ببذْلِه، فأمَّا إيجابُ شىءٍ لم تَرْضَ به، فلا وَجْهَ له. فعَلَى هذا، إنْ خالَعَها[2] على ما فى يَدِها من الدَّراهِمِ، صحَّ، فإن كان فى يَدِها دراهمُ فهى له، وإن لم يكُنْ فى يدِها شىءٌ فلَه عليها ثلاثةٌ. نَصَّ عليه أحمدُ؛ لأنَّه أقلُّ ما يقَعُ عليه اسمُ الدَّراهِمِ حقيقةً، ولفظُها دلَّ[3] على ذلك، فاستْحقَّه، كما لو وَصَّى له بدراهمَ. وإن كان فى يدِها أقلُّ من ثلاثةٍ، احْتَمَلَ أن لا يكُونَ له غيرُه؛ لأنَّه من

١٦٧/٧ ظ

---

(١) فى ب، م: « لزمتها ».

(٢) فى ب، م: « خلعها ».

(٣) فى ا: « يدل ».

الدَّراهِمِ ، وهو فى يَدِها . واحْتَملَ أن يكونَ له ثلاثةٌ كاملةٌ ؛ لأنَّ اللَّفظَ يَقْتضِيها فيما إذا لم يكُنْ فى يَدِها شىءٌ ، فكذلك إذا كان فى يَدِها .

فصل : والخُلْعُ على مجهولٍ ينْقَسِمُ أقسامًا ؛ أحدُها ، أن يُخالعَها[٤] على عددٍ مجهولٍ من شىءٍ غيرِ مختلِفٍ ، كالدَّنانيرِ والدَّراهمِ ، كالتى يُخالعُها على ما فى يَدِها من الدَّراهِمِ ، فهى هذه التى ذكرَ الْخِرَقِىُّ حُكْمَها . الثَّانى ، أن يكونَ ذلك من شىءٍ مُخْتلِفٍ (٥لا يَعظُمُ٥) اخْتلافُه ، مثلِ أن يُخالعَها على عبدٍ مُطْلَقٍ[٦] أو عبيدٍ ، أو يقولَ : إن أعْطَيْتِنى عبدًا فأنتِ طالقٌ . فإنها تَطْلُقُ بأىِّ عبدٍ أعطتْه إيَّاه ، ويَمْلِكُه بذلك ، ولا يكونُ له غيرُه . وكذلك إن خالعَتْه عليه ، فليس له إلَّا ما يقَعُ عليه اسمُ العبدِ . وإن خالعَتْه على عَبيدٍ فله ثلاثةٌ . هذا ظاهرُ كلامِ أحمدَ ، وقياسُ قولِه وقولِ الخِرَقىِّ فى المسألةِ التى قبلَها . وقد قال أحمدُ فيما إذا قال : إذا أعطيتِنى عبدًا فأنتِ طالقٌ . فأعْطَتْه[٧] عبدًا : فهى طالقٌ . والظَّاهرُ من كلامِه ما قُلْناه[٨] . وقال القاضى : له عليها عبدٌ وَسَطٌ . وتَأوَّل كلامَ أحمدَ على أنَّها أعْطَتْه عبدًا وسَطًا ، والظَّاهرُ خلافُه . ولَنا ، أنَّها خالَعتْه على مُسَمًّى مجهولٍ ، فكان له أقلُّ ما يقَعُ عليه الاسمُ ، كما لو خالَعها على ما فى يَدِها مِن الدَّراهِمِ ، ولأنَّه إذا قال : إن أعْطَيْتِنِى عبدًا فأنتِ طالقٌ . فأعْطَتْه عبدًا ، فقد وُجِدَ شرطُه ، فيجبُ أن يقعَ الطَّلاقُ ، كما لو قال : إن رأيت عبدًا فأنتِ طالقٌ . ولا يَلزمُها أكثرُ منه ؛ لأنَّها لم تَلْتزِمْ له شيئًا ، فلا يَلْزَمُها شىءٌ ، كما لو طلَّقَها بغيرِ خُلعٍ . الثَّالثُ ، أن يُخالِعَها على مُسَمًّى تعْظُمُ الجَهالةُ فيه ، مثل أن يُخالعَها على دابَّةٍ ، أو بعيرٍ ، أو بقرةٍ ، أو ثوبٍ ، أو يقولَ : إن أعْطَيْتِنى ذلك فأنتِ طالقٌ . فالواجبُ / فى الخُلْعِ ما يقعُ عليه الاسمُ مِن ذلك ، ويقعُ ١٦٨/٧و

---

(٤) فى الأصل : « خالعها » .

(٥ – ٥) فى الأصل : « نعلم » .

(٦) فى ا ، ب ، م : « مطبق » .

(٧) فى ا ، ب ، م : « فإذا أعطته » .

(٨) فى ا : « ذكرنا » .

الطَّلاقُ بها إذا أعطتْه إيَّاه ، فيما إذا عَلَّقَ طَلاقَها على عَطِيَّتِه إيَّاه ، ولا يَلْزَمُها غيرُ ذلك ، فى قياسِ ما قبلَها . وقال القاضى وأصحابُه مِنَ الفقهاءِ : تَرُدُّ عليه ما أخذتْ مِن صَداقِها ؛ لأنَّها فوَّتَتِ البُضْعَ ، ولم يحصُلْ له العِوَضُ ؛ لجَهَالَتِه ، فوجبَ عليها قيمةُ ما فوَّتتْ ، وهو المهرُ . ولَنا ، ما تقدَّمَ ، ولأنَّها ما الْتزَمتْ له المهرَ المُسمَّى ولا مهرَ المِثْلِ ، فلم يلزَمْها ، كما لو قال : إن دخَلْتِ الدَّارَ فأنتِ طالقٌ . ولأنَّ المُسَمَّى قد اسْتُوفِىَ بَدَلُه بالوَطْءِ ، فكيف يجبُ بغيرِ رِضًى مِمَّن يجبُ عليه ! والأشْبَهُ بمذهبِ أحمدَ ، أن يكونَ الخُلْعُ بالمجهولِ كالوصيَّةِ به . ومن هذا القِسْمِ ، لو خالَعَها على ما فى بيتِها مِن المَتاعِ ، فإن كان فيه مَتاعٌ ، فهو له ، قليلًا كان أو كثيرًا ، معلومًا أو مجهولًا ، وإن لم يكُنْ فيه مَتاعٌ ، فله أقلُّ ما يقعُ عليه اسمُ المَتاعِ . وعلى[9] قولِ القاضى ، عليها المُسَمَّى فى الصَّداقِ . وهو قولُ أصحابِ الرَّأْىِ . والوجهُ للقَوْلَيْنِ ما تَقدَّمَ . الرَّابعُ ، أن يُخالِعَها على حَمْلِ أَمَتِها ، أو غَنمِها ، أو غيرِهما مِنَ الحيوانِ ، أو قال : على ما فى بُطونِها أو ضُرُوعِها ، فيصحُّ الخُلْعُ . وحُكِىَ[10] عن أبى حنيفةَ ، أنَّه[11] يَصِحُّ الخُلْعُ على ما فى بَطْنِها ، ولا يصحُّ على حَمْلِها . ولَنا ، أنَّ حَمْلَها هو ما فى بَطْنِها ، فصحَّ الخُلْعُ عليه ، كما لو قال : على ما فى بَطْنِها . إذا ثبتَ هذا ، فإنَّه إن خرجَ الولدُ سليمًا ، أو كان فى ضُروعِها شىءٌ مِنَ اللَّبَنِ ، فهو له ، وإن لم يخْرُجْ شىءٌ ، فقال القاضى : لا شىءَ له . وهو قولُ مالكٍ ، وأصْحابِ الرَّأْىِ . وقال ابنُ عَقيلٍ : له[12] مهرُ المِثلِ . وقال أبو الخَطَّابِ : له المُسَمَّى . وإن خالَعَها على ما يُثْمِرُ نخلُها ، أو تَحمِلُ أمتُها ، صحَّ . قال أحمدُ : إذا خالعَ امرأتَه على ثَمرةِ نَخْلِها سِنِينَ ، فجائزٌ ، فإن لم يَحمِلْ نَخْلُها ، تُرْضِيه بشىءٍ . قيل له : فإن حمَلَ نَخْلُها ؟ قال : هذا أجودُ مِن ذاك . قيل له : يسْتقيمُ هذا ؟ قال : نعمْ جائزٌ . فيَحْتَمِلُ قولُ أحمدَ : تُرضيه بشىءٍ . أىْ : له أقلُّ ما يقَعُ عليه اسمُ الثَّمرةِ أو

---

(9) فى ا ، ب ، م : « وفى » .

(10) فى ا ، ب ، م : « وروى » .

(11) سقط من : ا ، ب ، م .

(12) فى ب ، م : « لها » .

الحَمْلُ ، فتُعْطِيه عن ذلك شيئًا ، أىَّ شىءٍ كانَ ، مثلَ ما ألزمْناه فى مسألةِ المَتاعِ . وقال القاضى : لا شىءَ له ، وتأوَّلَ قولَ أحمدَ : تُرضيه بشىءٍ على الاسْتِحْبابِ ؛ لأنَّه لو كان واجبًا ، لَتَقَدَّرَ بتقديرٍ يُرْجَعُ إليه . وفرَّقَ بينَ هاتَيْنِ المسألتَيْنِ ومسألةِ الدَّراهمِ والمتاعِ ، حيثُ يَرْجِعُ فيهما بأقلِّ ما يقعُ عليه الاسمُ إذا لم يجدْ شيئًا ، وههُنا لا يَرْجِعُ بشىءٍ إذا لم يجد حَمْلًا / ولا ثمرةً أنَّ[13] ثَمَّ أوهمَتْه أنَّ معها دراهمَ ، وفى بيتها متاعٌ ؛ لأنَّها خاطبَتْه بلفظٍ يقْتَضِى الوُجودَ مع إمْكانِ عِلْمِها به ، فكان له ما دلَّ عليه لفظُها ، كما لو خالَعَتْه على عبدٍ فوُجِدَ[14] حُرًّا ، وفى هاتَيْنِ المسألتين دخلَ معها فى العَقْدِ مع تَساويهِمَا فى العلمِ فى الحالِ ، ورِضاهما بما فيه مِن الاحْتمالِ ، فلم يكُنْ له شىءٌ غيرَه ، كما لو قال : خالَعْتُكِ على هذا الحُرِّ . وقال أبو حنيفةَ : لا يصحُّ العِوَضُ ههُنا ؛ لأنَّه معدومٌ . ولَنا ، أنَّ ما جازَ فى الحَمْلِ فى البَطْنِ ، جازَ فيما يَحْمِلُ ، كالوَصِيَّةِ . واخْتارَ أبو الخَطَّابِ أنَّ له فى هذه الأقسامِ الثَّلاثةِ المُسَمَّى فى الصَّداقِ . وأوْجَبَ له الشَّافعىُّ مهرَ المِثْلِ . ولم يُصحِّحْ أبو بكرٍ الخُلْعَ فى هذا كلِّه . وقد ذكرنا نُصوصَ أحمدَ على جَوازِه ، والدَّليلَ عليه . واللهُ أعلمُ .

١٦٨/٧ ظ

فصل : إذا خالعَتْه على رَضاعِ ولِدِه سَنتيْنِ ، صحَّ ، وكذلك إن جعَلا وَقْتًا معلومًا ، قلَّ أو كثُرَ . وبهذا قال الشَّافعىُّ ؛ لأنَّ هذا ممَّا تَصحُّ المُعاوَضَةُ عليه فى غيرِ الخُلْعِ ، ففى الخُلْعِ أوْلَى . فإن خالعَتْه على رَضاعِ ولِدِه مُطْلَقًا ، ولم يَذْكُرا مُدَّتَه ، صحَّ أيضا ، وينْصرفُ إلى ما بَقِىَ من الحَوْلَيْنِ . نَصَّ عليه أحمدُ ، قيل له : ويَستقيمُ هذا الشَّرطُ رَضاعُ ولدِها ، ولا يقولُ : تُرْضِعُه سنتَينِ ؟ قال : نعم . وقال أصحابُ الشَّافعىِّ لا يصحُّ حتى يَذْكُرا مدَّةَ الرَّضاعِ ، كما لا تصِحُّ الإجارة حتى يذْكُرا المدَّةَ . ولَنا ، أنَّ اللهَ تعالى قيَّدَهُ بالحَوْلَيْنِ ، فقال تعالى : ﴿ وَٱلْوَٰلِدَٰتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَٰدَهُنَّ حَوْلَيْنِ

---

(13) سقط من : ب ، م .

(14) فى ب ، م : « فوجود » .

كَامِلَيْنِ ﴾[١٥] . وقال سبحانه : ﴿ وَفِصَـٰلُهُ فِى عَامَيْنِ ﴾[١٦] . وقال تعالى : ﴿ وَحَمْلُهُ وَفِصَـٰلُهُ ثَلَـٰثُونَ شَهْرًا ﴾[١٧] . ولم يُبيِّنْ مُدَّةَ الحَمْلِ هٰهُنا والفِصالِ ، فحُمِلَ على ما فسَّرَتْه الآيةُ الأُخْرَى وجُعِلَ الفصالُ عامَيْن ، والحَمْلُ ستَّةَ أشْهُرٍ ، وقال النَّبىُّ ﷺ : « لَا رَضَاعَ بَعْدَ فِصَالٍ »[١٨] . يعنى بعدَ العامَيْنِ ، فيُحْمَلُ المُطلَقُ مِن كلامِ الآدَمِىِّ على ذلك أيضًا ، ولا يَحتاجُ إلى وَصْفِ الرَّضاعِ ، لأنَّ جِنْسَه كافٍ ، كما لو ذكَرَ جنْسَ الخِياطَةِ فى الإجارةِ ، فإن ماتتِ المُرْضِعَةُ ، أو جَفَّ لبنُها ، فعليها أجرُ المِثْلِ لما بَقِىَ مِنَ المُدَّةِ . وإن ماتَ الصَّبِىُّ فكذلك . وقال الشَّافعىُّ ، فى أحَدِ قَوْلَيه : لا يَنْفسِخُ ، ويأْتِيها بصَبِىٍّ تُرْضِعُه مكانَه ؛ لأنَّ الصَّبِىَّ مُسْتَوْفًى به ، لا مَعْقُودٌ[١٩] عليه ، فأشْبَهَ ما لو اسْتأْجَرَ دابَّةً ليركبَها فماتَ . ولَنا ، أنَّه عَقْدٌ على فِعْلٍ فى عَيْنٍ ، فينْفسِخُ بتَلَفِها ، كما لو ماتتِ الدَّابَّةُ المُسْتأْجَرةُ ، ولأنَّ ما يَسْتوفِيه مِنَ اللَّبنِ / إنَّما يَتقدَّرُ بحاجةِ الصَّبِىِّ ، وحاجاتُ الصِّبْيانِ تَختلفُ ولا تَنضبطُ ، فلم يَجُزْ أن يقومَ غيرُه مَقامَه ، كما لو أرادَ إبْدالَه فى حياتِه ، ولأنَّه لا يَجوزُ إبدالُه فى حياتِه ، فلم يَجُزْ بعدَ مَوْتِه ، كالمُرْضِعةِ ، بخلافِ راكبِ الدَّابَّةِ . وإن وُجِدَ أحدُ هذه الأمورِ قبلَ مُضِىِّ شىءٍ من المُدَّةِ ، فعليها أجرُ رَضاعِ مثلِه . وعن مالكٍ كقولِنا ، وعنه : لا يرجعُ بشىءٍ . وعن الشَّافعىِّ كقَوْلنا ، وعنه : يرجعُ بالمهرِ . ولَنا ، أنَّه عِوَضٌ مُعيَّنٌ تَلِفَ قبلَ قَبْضِه ، فوجبتْ[٢٠] قيمتُه أو مِثْلُه[٢١] ، كما لو خالعَها على قَفِيزٍ ، فهلكَ قبلَ قَبْضِه .

١٦٩/٧و

فصل : وإن خالعَها على كَفالةِ ولدِه عشرَ سنينَ ، صحَّ ، وإن لم يذكُرْ مُدَّةَ الرَّضاعِ

---

(١٥) سورة البقرة ٢٣٣ .

(١٦) سورة لقمان ١٤ .

(١٧) سورة الأحقاف ١٥ .

(١٨) تقدم تخريجه فى : ٩ / ٢٩٦ .

(١٩) فى النسخ : « معقودا » .

(٢٠) فى الأصل : « فوجب » .

(٢١) فى ب ، م : « مثلها » .

منها ، ولا قَدْرَ الطَّعامِ والأُدْمِ[٢٢] ، ويُرْجَعُ عندَ الإِطْلاقِ إلى نفَقةِ مثْلِه . وقال الشَّافعىُّ لا يصحُّ حتى يَذكُرَ مُدّةَ الرَّضاعِ ، وقَدْرَ الطَّعامِ وجِنْسَه ، وقَدْرَ الأُدْمِ وجنسَه ، ويكونَ المبلغُ معلومًا مضبوطًا بالصِّفةِ كالمُسْلَمِ فيه ، وما يَحِلُّ منه كلَّ يومٍ . ومَبْنَى الخلافِ على اشْتراطِ الطَّعامِ للأجيرِ مُطْلَقًا ، وقد ذكَرْناه فى الإِجارةِ ودَلَلْنا عليه بقصَّةِ موسَى عليه السَّلام ، وقولِ النَّبِىِّ ﷺ : « رَحِمَ اللهُ أَخِى مُوسَى ، آجَرَ نَفْسَهُ بِطَعَامِ بَطْنِهِ وَعِفَّةِ فَرْجِه »[٢٣] . ولأنَّ نفقةَ الزَّوجةِ مُسْتَحَقَّةٌ بطريقِ المُعاوَضَةِ ، وهى غيرُ مُقـدَّرةٍ ، كذا هـٰهُنا . وللوالدِ أن يَأْخُذَ منها ما يَسْتَحِقُّه مِن مُؤْنَةِ الصَّبِىِّ ، وما يَحتاجُ إليه ؛ لأنَّه بَدَلٌ ثبَتَ له فى ذِمَّتِها ، فله أن يسْتَوْفِيَه بنَفْسِه وبغيرِه ، فإن أحبَّ أنْفقَه بعَيْنِه ، وإن أحبَّ أخذَه لنفسِه ، وأنْفقَ عليه غيرَه . وإن أذِنَ لها فى إنْفاقِه على الصَّبِىِّ ، جازَ . فإن مات الصَّبِىُّ بعدَ انقضاءِ مُدَّةِ الرَّضاعِ ، فلأبِيه أن يأْخُذَ ما بَقِىَ من المُؤْنَةِ . وهل يستحقُّه دَفْعَةً أو يومًا بيَوْمٍ ؟ فيه وجهانِ ؛ أحدُهما ، يسْتحِقُّه دَفْعَةً واحدةً . ذكَرَه القاضى ، فى « الجامع » ، واحتجَّ بقولِ أحمدَ : إذا خالَعَها على رَضاعِ ولدِه ، فمـات فى أثنـاءِ الحَوْلَيْنِ . قال : يَرْجِعُ عليها ببقيَّةِ ذلك . ولم يَعْتَبِرِ الأجَلَ . ولأنَّه إنَّما فُرِّقَ لحاجةِ الولدِ إليه متفرِّقًا ، فإذا زالتِ الحاجةُ إلى التَّفْريقِ استُحِقَّ جُمْلةً واحدةً . والثَّانى ، لا يسْتحقُّه إلَّا يومًا بيَوْمٍ . ذكره القاضى ، فى « المُجرَّدِ » ، وهو الصَّحيحُ ؛ لأنَّه ثبتَ مُنَجَّمًا ، فلا يسْتحِقُّه مُعَجَّلًا ، كما لو أسْلَمَ إليه فى خُبْزٍ يأخذُه منه كلَّ يومٍ أرْطالًا معلومةً ، فمات المُسْتَحِقُّ له ، ولأنَّ[٢٤] الحقَّ لا يَحِلُّ بمَوْتِ المُسْتَوْفِى ، كما لو مات وكيلُ صاحبِ الحقِّ ، / وإن وقعَ الخلافُ فى استِحْقاقِه بموتِ مَن هو عليه . ولأصحابِ الشَّافعىِّ فى هذا وَجْهانِ ، كهٰذينِ . وإن ماتتِ المرأةُ خُرِّجَ فى استحقاقِه فى الحالِ وَجْهانِ ، كهٰذيْنِ ، بِناءً على أنَّ الدَّيْنَ هل يَحِلُّ بموتِ مَنْ هو عليه أم لا ؟

١٦٩/٧ ظ

---

(٢٢) الأدم : الإدام ، وهو ما يستمرأ به الخبز .

(٢٣) تقدم تخريجه فى : ٨ / ٥ .

(٢٤) سقطت الواو من : ب ، م .

فصل : والعِوَضُ فى الخُلْعِ ، كالعِوَضِ فى الصَّداقِ والبيعِ ، إن كان مَكِيلًا أو موزونًا ، لم يَدخلْ فى ضَمانِ الزَّوجِ ، ولم يَمْلِكِ التَّصرُّفَ فيه إلَّا بِقَبْضِه ، وإن كان غيرَهما ، دخلَ فى ضَمانِه بمُجرَّدِ الخُلْعِ ، وصحَّ تصرُّفُه فيه . قال أحمدُ ، فى امرأةٍ قالتْ لزوجِها : اجْعَلْ أمْرِى بيَدِى ، ولكَ هذا العبدُ . ففعلَ ، ثم خُيِّرتْ فاختارتْ نفسَها بعدَما ماتَ العبدُ : جائزٌ ، وليس عليها شىءٌ . قال : ولو أعْتَقَتِ العبدَ ، ثم اخْتارَتْ نفسَها ، لم يَصِحَّ عِتْقُها له . فلم يُصَحِّحْ[25] عِتْقَها له ؛ لأنَّ مِلْكَها زالَ عنه بجَعْلِها له عِوَضًا فى الخُلْعِ ، ولم يُضَمِّنْها إيَّاه إذا تَلِفَ ؛ لأنَّه عِوَضٌ مُعيَّنٌ غيرُ مَكيلٍ ولا مَوْزونٍ ، فدَخلَ فى ضَمانِ الزَّوجِ بمُجَرَّدِ العَقْدِ . ويُخَرَّجُ فيه وَجْهٌ ، أنَّه لا يدْخُلُ فى ضَمانِه ، ولا يصحُّ تصرُّفُه فيه ، حتى يَقْبِضَه ، كما ذكَرْنا فى عِوَضِ البَيْعِ ، وفى الصَّداقِ . وأمَّا المَكِيلُ والمَوْزونُ ، فلا يصِحُّ تصرُّفُه فيه ، ولا يَدْخُلُ فى ضَمانِه حتى يَقْبِضَه . فإن تَلِفَ قبلَ قَبْضِه ، فالواجبُ مثلُه ؛ لأنَّه مِن ذواتِ الأمْثالِ . وقد ذكَرَ القاضى فى الصَّداقِ ، أنَّه يجوزُ التَّصرُّفُ فيه قبلَ قَبْضِه ، وإن كان مَكِيلًا أو مَوْزونًا ؛ لأنَّه لا[26] يَنْفَسِخُ سَبَبُه بتَلَفِه ، فهٰهُنا مثلُه .

١٢٣٨ ـ مسألة ؛ قال : (وَإنْ خَالَعَهَا عَلَى غَيْرِ عِوَضٍ ، كَانَ خُلْعًا ، وَلَا شَىْءَ لَهُ)

اخْتَلفتِ الرِّوايةُ (١عن أحمدَ١) فى هذه المسألةِ ؛ فَروَى عنه ابنُه عبدُ اللهِ ، قال : قلتُ لأبى : رجلٌ عَلِقَتْ به امرأتُه تقول : اخْلَعْنِى . قال : قد خَلَعْتُكِ . قال : يتزوَّجُ بها ، ويُجدِّدُ نكاحًا جديدًا ، وتكون عندَه على ثِنْتَيْنِ . فظاهرُ هذا صِحَّةُ الخُلْعِ بغيرِ عِوَضٍ . وهو قولُ مالكٍ ؛ لأنَّه قَطْعٌ للنِّكاحِ ، فصحَّ مِن غيرِ عِوَضٍ ، كالطَّلاقِ ، ولأنَّ الأصلَ فى

---

(٢٥) فى الأصل ، ب ، م : « يصح » .

(٢٦) سقط من : الأصل .

(١ ـ ١) سقط من : الأصل ، ا .

مَشْروعيَّةِ الخُلْعِ أن تُوجدَ مِن المرأةِ رَغْبةٌ عن زَوْجِها ، وحاجةٌ إلى فِرَاقِه ، فتَسْأَلَه فراقَها ، فإذا أجابَها ، حصلَ المَقْصودُ مِنَ الخُلْعِ ، فصحَّ ، كما لو كان بعِوَضٍ . قال أبو بكرٍ : لا[٢] خلافَ عن أبي عبدِ اللهِ ، أنَّ الخُلْعَ ما كان مِن قِبَلِ النِّساءِ ، فإذا كان مِن قِبَلِ الرِّجالِ ، فلا نِزاعَ في أنَّه طلاقٌ تُمْلَكُ به الرَّجْعةُ ، ولا يكونُ فَسْخًا . والرِّوايةُ الثَّانيةُ ، لا يكونُ خُلْعٌ إلَّا بعِوَضٍ . رَوَى عنه مُهَنَّا ، إذا قال لها : اخْلَعِي نفسَكِ . فقالت : خلَعْتُ نفسِي . لم / يكُنْ خُلعًا إلَّا على شيءٍ ، إلَّا أن يكونَ نَوى الطَّلاقَ ، فيكونُ ما نَوَى . فعلَى هذه الرِّوايةِ ، لا يصحُّ الخُلْعُ إلَّا بعِوَضٍ ، فإنْ تَلفَّظَ به بغيرِ عِوَضٍ ، ونَوَى الطَّلاقَ ، كان طلاقًا رَجْعِيًّا ؛ لأنَّه[٣] يَصلُحُ كنايةً عَنِ الطَّلاقِ . وإن لم يَنْوِ به الطَّلاقَ ، لم يكُنْ[٤] شيئًا . وهذا قولُ أبي حنيفةَ ، والشَّافعيِّ ؛ لأنَّ الخُلْعَ إن كان فسخًا ، فلا يَمْلِكُ الزَّوجُ فَسْخَ النِّكاحِ إلا لِعَيْبِها[٥] . وكذلك لو قال : فَسَخْتُ النِّكاحَ . ولم يَنْوِ به الطَّلاقَ ، لم يقَعْ شيءٌ ، بخلافِ ما إذا دخلَه العِوَضُ ، فإنَّه يَصيرُ مُعاوَضَةً ، فلا يجْتمِعُ له العِوَضُ والمُعَوَّضُ . وإن قُلْنا : الخُلْعُ طلاقٌ . فليس بصريحٍ فيه اتِّفاقًا ، وإنما هو كنايةٌ ، والكنايةُ لا يقَعُ بها الطَّلاقُ إلَّا بِنيَّةٍ ، أو بَذْلِ العِوَضِ[٦] ، فيقومُ مَقامَ النِّيَّةِ ، وما وُجِدَ واحدٌ منهما . ثم إنْ وقَعَ الطَّلاقُ ، فإذا لم يكُنْ بِعِوَضٍ ، لم يَقْتَضِ البَيْنُونةَ إلَّا أن تَكْمُلَ الثَّلاثُ .

١٧٠/٧و

فصل : إذا قالت : بِعْنِي عبدَكَ هذا وطَلِّقْنِي بألفٍ . ففعلَ ، صَحَّ ، وكان بيعًا وخُلعًا بعِوَضٍ واحدٍ ؛ لأنَّهما عَقْدانِ ، يصحُّ إفرادُ كلِّ واحدٍ منهما بعِوَضٍ ، فصحَّ جَمْعُهما ، كبَيْعِ ثَوْبينِ . وقد نصَّ أحمدُ على الجَمْعِ بين بَيْعٍ وصَرْفٍ ، أنَّه يَصِحُّ ، وهو نظيرٌ لهذا . وذكرَ أصحابُنا فيه وَجْهًا آخرَ ، أنَّه لا يصِحُّ ؛ لأنَّ أحْكامَ العَقْدَينِ تختلِفُ . والأوَّلُ أصحُّ ؛ لما ذكَرْنا . وللشَّافعيِّ فيه قَولانِ أيضًا . فعلى قَوْلِنا يتَقَسَّطُ

(٢) سقط من : ب ، م .
(٣) في الأصل زيادة : « لا » .
(٤) في الأصل : « يقع » .
(٥) في ا ، ب ، م : « بعيبها » .
(٦) في ا ، ب ، م : « للعوض » .

الألفُ على الصَّداقِ المُسَمَّى وقيمةِ العبدِ ، فيكونُ عِوَضُ الخُلْعِ ما يَخُصُّ المُسَمَّى ، وعِوَضُ العبدِ ما يخُصُّ قيمتَه ، حتى لو رَدَّته بعَيْبٍ رجَعتْ بذلك ، وإن وجَدتْه حُرًّا أو مغْصوبًا ، رجعتْ به ؛ لأنَّه عِوَضُه . فإن كان مَكانَ العبدِ شِقْصٌ مشْفوعٌ ، ففيه الشُّفْعةُ ، ويأخذُهُ[7] الشَّفيعُ بحِصَّةِ قيمتِه من الألْفِ ؛ لأنَّها عِوَضُه .

فصل : وإن خالَعَها على نصفِ دارٍ[8] ، صحَّ ، ولا شُفْعةَ فيه ؛ لأنَّه عِوَضٌ عمَّا لا قِيمةَ له ، ويتَخرَّجُ أنَّ فيه شُفْعةً ، لأنَّ له عِوَضًا . وهل يأخذُه الشَّفيعُ بقيمتِه أو بمثلِ المَهْرِ ، على وَجْهيْنِ . فأمَّا إن خالَعَها ، ودفعَ إليها ألفًا بنِصْفِ دارِها ، صحَّ ، ولا شُفْعةَ أيضًا . وقال أبو يوسفَ ، ومحمّدٌ : تجبُ الشُّفْعةُ فيما قابَلَ الألْفَ ؛ لأنَّه عوضُ مالٍ . ولَنا ، أنَّ إيجابَ الشُّفْعةِ تَقْويمٌ للبُضْعِ فى حقِّ غيرِ الزَّوجِ ، والبُضْعُ لا يُتقوَّمُ فى حقِّ غيرِه ، ولأنَّ الزَّوجَ ملَكَ الشِّقْصَ صَفْقةً واحدةً ، من شخصٍ واحدٍ ، فلا يجوزُ للشَّفيعِ أخذُ بعضِه ، كما لو اشْتراهُ بثَمنٍ واحدٍ .

١٢٣٩ ـ مسألة ؛ قال : (/**وَلَوْ خَالَعَهَا عَلَى ثَوْبٍ ، فَخَرَجَ مَعِيبًا ، فَهُوَ مُخَيَّرٌ بَيْنَ أَنْ يَأْخذَ أَرْشَ الْعَيْبِ ، أَوْ قِيمَةَ الثَّوْبِ وَيَرُدَّهُ**) ٧/١٧٠ظ

وجملةُ ذلك أنَّ الخُلْعَ يَسْتَحِقُّ فيه رَدّ عِوَضِه بالعَيْبِ ، أو أخْذَ الأرْشِ ؛ لأنَّه عِوَضٌ فى مُعاوَضَةٍ ، فيُسْتَحقُّ فيه ذلك ، كالبيعِ والصَّداقِ . ولا يخْلُو إمَّا أن يكونَ على مُعَيَّنٍ ، مثل أن تقولَ : اخْلَعْنِى على هذا الثَّوبِ . فيقولَ : خَلَعْتُكِ . ثم يَجِد به عَيْبًا لم يكُنْ عَلِمَ به ، فهو مُخيَّرٌ بين رَدِّه وأخْذِ قيمتِه ، وبين أخْذِ أرْشِه . وإن قال : إن أعْطَيْتِنى هذا الثَّوبَ فأنتِ طالقٌ . فأعطتْه إيَّاه ، طَلُقَتْ ، ومَلَكَه . قال أصحابُنا : والحُكمُ فيه كما لو خالَعَها عليه . وهذا مذهبُ الشَّافعىِّ ، إلَّا أنَّه لم[1] يَجعلْ له المُطالبةَ بالأرْشِ مع إمْكـانِ رَدِّه .

---

(٧) فى ب ، م : « ويأخذ » .

(٨) فى ا : « الصداق » .

(١) فى ا ، ب ، م : « لا » .

وهذا أصلٌ ذكَرْناه فى البيعِ[٢] . وله أيضًا قولٌ : إنَّه إذا ردَّه رجعَ بمهرِ المِثْلِ . وهذا الأصلُ ذُكِرَ فى الصَّداقِ[٣] . وإن خالعَها على ثوبٍ مَوْصوفٍ فى الذِّمَّةِ ، واسْتَقْصَى صفاتِ السَّلَمِ ، صحَّ ، وعليها أن تُعْطِيَه إيَّاه سليمًا ؛ لأنَّ إطْلاقَ ذلك يقْتضِى السَّلامةَ ، كما فى البيعِ والصَّداقِ . فإن دفعَتْه إليه مَعِيبًا ، أو ناقِصًا عن الصِّفاتِ المذكورةِ ، فله الخِيارُ بين إمْساكِه ، أو رَدِّه والمُطالبةِ بثَوْبٍ سليمٍ على تلك الصِّفةِ ؛ لأنَّه إنَّما وجب فى الذِّمَّةِ سليمًا تامَّ الصِّفاتِ ، فيَرْجِعُ بما وجبَ له ، لأنَّها ما أعْطَتْه الذى وجبَ له عليها . وإن قال : إن أعْطَيْتِنى ثوبًا صِفَتُه كذا وكذا . فأعْطَتْه ثوبًا على تلك الصِّفاتِ ، طَلُقَتْ ، وملَكَه . وإن أعطَتْه ناقصًا صِفَةً ، لم يقَعِ الطَّلاقُ ، ولم يَمْلِكْه ؛ لأنَّه ما وُجِدَ الشَّرْطُ . فإن كان على الصِّفةِ ، لكنْ به عَيْبٌ ، وقعَ الطَّلاقُ لوُجودِ شَرْطِه . قال القاضى : ويتَخيَّرُ بين إمْساكِه ، وردِّه والرُّجوعِ بقيمتِه . وهذا قولُ الشَّافعىِّ ، إلَّا أنَّ له قولًا ، أنَّه يَرْجِعُ بمهرِ المِثْلِ ، على ما ذكَرْنا ، وعلى ما قُلْنا نحنُ فيما تقدَّمَ : إنه إذا قال : إذا أعْطَيْتِنى ثوبًا ، أو عبدًا ، أو هذا الثَّوبَ ، أو هذا العبدَ . فأعْطَتْه إيَّاه مَعِيبًا ، طَلُقَتْ ، وليس له شىءٌ سِوَاهُ . وقد نَصَّ أحمدُ على مَنْ قال : إن أعْطَيْتِنى هذا الألفَ ، فأنتِ طالقٌ . فأعْطَتْه إيَّاه ، فوجَده مَعِيبًا ، فليس له البَدَلُ . وقال أيضا : إذا قال : إن أعْطَيْتِنى عبدًا فأنتِ طالقٌ . فإذا أعْطَتْه عبدًا ، فهى طالِقٌ ، ويَمْلِكُه . وهذا يدُلُّ على أنَّ كلَّ موضعٍ قال : إن أعْطَيْتِنى كذا . فأعْطَتْه إيَّاه ، فليس له غيرُه ؛ وذلك لأنَّ الإِنسانَ لا يلْزَمُه فى ذِمَّتِه شىءٌ إلَّا بإلْزامٍ ، أو الْتِزامٍ ، ولم يَرِدِ الشَّرْعُ بإلْزامِها هذا ، ولا هى الْتَزمَتْه له ، وإنَّما علَّق طلاقَها على شَرْطٍ ، وهو عَطِيَّتُها له ذلك ، فلا / يَلْزَمُها شىءٌ سِوَاهُ ، ولأنَّها لم تدْخُلْ معه فى مُعاوَضَةٍ ، وإنَّما حقَّقَتْ شَرْطَ الطَّلاقِ ، فأشْبَهَ مالو قال : إن دخَلْتِ الدَّارَ[٤] فأنتِ طالقٌ . فدَخلتْ . أو ما لو قال : إن أعْطَيْتِ أباك عبدًا فأنتِ طالقٌ . فأعْطَتْه إيَّاه .

١٧١/٧و

---

(٢) تقدم فى : ٦ / ٢٢٩ .
(٣) تقدم فى صفحة ١٢٩ .
(٤) سقط من : ١ ، ب ، م .

فصل : وإذا قال : إن أعْطَيْتِنى ألفَ درهمٍ ، فأنتِ طالقٌ . فأعْطَتْه ألفًا أو أكثر ، طَلُقَتْ ؛ لوُجودِ الصِّفةِ ، وإن أعْطَتْه دُونَ ذلك ، لم تطْلُقْ ؛ لعدمِها . وإن أعْطَتْه ألفًا وَازنةً ، تَنْقصُ فى العَدَدِ ، طَلُقَتْ ، وإن أعْطَتْه ألفًا عدَدًا ، تنقصُ فى الوَزْنِ ، لم تطْلُقْ ؛ لأنَّ إطْلاقَ الدَّراهمِ يَنْصرِفُ إلى الوازِنِ من دراهمِ الإسْلامِ ، وهى ما كلُّ عشرةٍ منها وزنُ سبعةِ مَثاقيلَ . ويَحْتَمِلُ أنَّ الدَّراهمَ متى كانت تَنْفُقُ برُءُوسِها من غيرِ وَزْنٍ[5] ، طَلُقَتْ ؛ لأنَّها يقَعُ عليها اسمُ الدَّراهمِ ، ويحصُلُ منها مَقْصودُها ، ولا تطْلُقُ إذا أعْطَتْه وازنَةً تنْقصُ فى العددِ ؛ لذلك . وإن أعْطَتْه ألفًا رَدِيئةً ، كنُحاسٍ فيها أو رَصاصٍ [6]أو نحوِه[6] ، لم تَطْلُقْ ؛ لأنَّ [7]إطلاقَ الألفِ[7] يتناولُ ألفًا من الفِضَّةِ ، وليس فى هذه[8] ألفٌ من الفِضَّةِ . وإن زادتْ على الألفِ بحيثُ يكونُ فيها ألفُ فِضَّةٍ ، طَلُقَتْ ؛ لأنَّها قد أعْطَتْه ألفًا فِضَّةً . وإن أعْطَتْه سَبِيكةً تبْلغُ ألفًا ، لم تطْلُقْ ؛ لأنَّها لا تُسمَّى دراهمَ ، فلم تُوجَدِ الصِّفَةُ ، بخلافِ المَغْشُوشةِ ، فإنَّها تُسمَّى دراهمَ . وإن أعْطَتْه ألفًا رَدِىءَ الجِنْسِ ، لخُشونةٍ ، أو سَوادٍ ، أو كانت وَحْشَةَ السِّكَّةِ ، طَلُقَتْ ؛ لأنَّ الصِّفةَ وُجِدتْ . قال القاضى : وله رَدُّها ، وأخْذُ بدلِها . وهذا قد ذكَرْناه فى المسألةِ التى قبلَها .

فصل : وإن[9] قال : إن أعْطَيْتِنى ثوبًا مَرْوِيًّا فأنتِ طالقٌ . فأعطته هَرَوِيًّا ، لم تَطْلُقْ ؛ لأنَّ الصِّفةَ التى علَّقَ الطَّلاقَ عليها لم تُوجَدْ ، وإن أعْطَتْه مَرْوِيًّا طَلُقَتْ . وإن خالَعَها على مَرْوِىٍّ ، فأعْطَتْه هَرَوِيًّا ، فالخُلعُ واقعٌ ، ويُطالِبُها بما خالَعَها عليه . وإن خالَعَها على ثوبٍ بعَيْنِه ، على أنَّه مَرْوِىٌّ ، فبانَ هَرَوِيًّا ، فالخُلعُ صحيحٌ ؛ لأنَّ جِنْسَهما واحدٌ ، وإنَّما ذلك اخْتلافُ صِفَةٍ ، فجرَى مَجْرَى العَيْبِ فى المُعَوَّضِ[10] ، وهو مُخيَّرٌ بين إمْساكِه ولا

---

(5) فى الأصل : « عدد » .

(6 - 6) فى الأصل : « ونحوه » .

(7 - 7) فى الأصل : « الطلاق بالألف » .

(8) فى الأصل : « هذا » .

(9) فى الأصل : « ولو » .

(10) فى ا ، ب ، م : « العوض » .

شيءَ له غيرُه ، وبين ردِّه وأخْذِ قيمَتِه لو كان مَرْوِيًّا ؛ لأنَّ مُخالَفَتَه[11] الصِّفَةَ بمَنْزِلَةِ العَيْبِ فى جَوازِ الرَّدِّ . وقال أبو الخَطَّابِ : وعنْدِى لا يَسْتَحِقُّ شيئًا سِوَاهُ ؛ لأنَّ الخُلْعَ على عَيْنِه[12] ، وقد أخذَه . وإن خالعَها على ثَوْبٍ ، على أنَّه قُطْنٌ ، فبَان كَتَّانًا ، لَزِمَ ردُّه ، ولم [13]يَكُنْ له[13] إمْساكُه ؛ لأنَّه جِنْسٌ آخَرُ ، واخْتلافُ الأجْناسِ / كاخْتلافِ الأعْيانِ ، بخلافِ ما لو خالعَها على مَرْوِيٍّ فخرجَ هَرَوِيًّا ، فإنَّ الجنسَ واحدٌ . ١٧١/٧ظ

فصل : وكلُّ مَوْضعٍ عَلَّقَ طلاقَها [14]على عَطيَّتِها إيَّاه ، فمتى أعْطَتْه[14] على صِفَةٍ يُمْكِنُه القَبْضُ ، وقعَ الطَّلاقُ ، وسَواءٌ[15] قبَضَه منها أو لم يقْبِضْه ؛ لأنَّ العَطِيَّةَ وُجِدَتْ ، فإنَّه يُقالُ : أعْطَتْه فلم يَأْخُذْ . ولأنَّه علَّقَ اليمينَ على فِعْلٍ مِن جِهَتِها ، والذى مِن جِهَتِها فى العَطِيَّةِ البَذْلُ على وَجْهٍ يُمْكِنُه قَبْضُه ، فإن هَرَبَ الزَّوْجُ أو غابَ قبلَ عَطِيَّتِها ، أو قالت : يَضْمَنُه لك زيدٌ ، أو اجعلْه قِصاصًا ممَّا لى عليك . أو أعْطَتْه به رَهْنًا ، أو أحالَتْه به ، لم يَقَعِ الطَّلاقُ ؛ لأنَّ العَطِيَّةَ ما وُجِدَتْ ، ولا يَقَعُ الطَّلاقُ بدونِ[16] شَرْطِه . وكذلك كلُّ مَوْضعٍ تعَذَّرتِ[17] العطيَّةُ فيه ، لا يقعُ الطَّلاقُ ، سواءٌ كان التَّعَذُّرُ مِن جِهَتِه ، أو من جِهَتِها ، أو من جِهَةِ غيرِهما ؛ لانْتِفاءِ الشَّرْطِ . ولو قالت : طَلِّقْنى بألِفٍ . فطلَّقَها ، اسْتَحَقَّ الألفَ . وبانَتْ وَإن لم يَقْبِضْ . نَصَّ عليه أحمدُ . قال أحمدُ : ولو قالت : لا أُعْطِيك شيئًا . يأخذُها بالألِفِ . يعنى ويَقَعُ الطَّلاقُ ؛ لأنَّ هذا ليس بتَعْلِيقٍ على شَرْطٍ ، بخلافِ الأوَّلِ .

فصل : وتَعْليقُ الطَّلاقِ على شَرْطِ العَطِيَّةِ ، أو الضَّمانِ ، أو التَّمْليكِ ، لازمٌ من جِهَةِ

---

(11) فى ا ، ب ، م : « مخالفة » .
(12) فى الأصل : « عيبه » .
(13-13) فى الأصل : « يلزمه » .
(14-14) سقط من : الأصل .
(15) سقطت واو العطف من : ا ، ب ، م .
(16) فى الأصل : « دون » .
(17) فى ب ، م : « تعذر » .

الزَّوجِ لُزومًا لا سبيلَ إلى دَفْعِه[18] ؛ فإنَّ المُغَلَّبَ[19] فيها حُكْمُ التَّعليقِ المَحْضِ ؛ بدليلِ صِحَّةِ تَعْليقِه على الشَّرْطِ[20] . ويَقعُ الطَّلاقُ بوجودِ الشَّرطِ ، سَواءٌ كانت العَطِيَّةُ على الفَوْرِ أو التَّراخِي . وقال الشَّافعيُّ : إن قال : متى أعْطَيْتِنى ، أو متى ما أعْطَيْتِنى ، أو أيَّ حينٍ أو أيَّ زمانٍ أعْطَيْتِنى ألفًا ، فأنتِ طالقٌ . فذلك على التَّراخِي . وإن قال : إن أعْطَيْتِنى ، أو إذا أعْطَيْتِنى ألفًا ، فأنتِ طالقٌ . فذلك على الفَوْرِ . فإن أعْطَتْه جَوابًا لكلامِه ، وقَعَ الطَّلاقُ ، وإن تأخَّرَ الإعْطاءُ[21] لم يقَعِ الطَّلاقُ ؛ لأنَّ قَبُولَ المُعاوَضاتِ على الفَوْرِ ، فإذا لم يُوجَدْ منه تصرْيحٌ بخلافِه ، وَجَبَ حَمْلُ ذلك على المُعاوَضاتِ ، بخلافِ متى وأيٍّ ، فإنَّ فيهما تصريحًا بالتَّراخِي[22] ، ونصًّا فيه . وإن صارَا مُعاوَضَةً ، فإنَّ تَعْليقَه بالصِّفَةِ جائزٌ ، أمَّا إنْ وإذا ، فإنَّهما يَحْتمِلانِ[23] الفَوْرَ والتَّراخِيَ ، فإذا تعَلَّق بهما العِوَضُ ، حُمِلَا على الفَوْرِ . ولَنا ، أنَّه علَّقَ الطَّلاقَ بشَرْطِ الإعْطاءِ ، فكان على التَّراخِي ، كسائرِ التَّعْليقِ . أو نقولُ : علَّقَ الطَّلاقَ بحَرْفٍ مُقْتَضاه التَّراخي ، فكان على التَّراخِيَ ، كما لو خَلا عن العِوَضِ ، والدَّليلُ / على أنَّ مُقْتضاه التَّراخِي ، أنَّه [24]يَقْتَضِي التَّراخِيَ[24] إذا خَلا عن العِوَضِ ، ومُقْتضَياتُ الألْفاظِ لا تخْتلِفُ بالعِوَضِ وعَدَمِه ، وهذه المُعاوَضَةُ مَعْدُولٌ بها عن سائر المُعاوَضاتِ ؛ بدليلِ جَوازِ تعْليقِها على الشُّروطِ ، ويكونُ على التَّراخِي فيما إذا علَّقَها بمتى أو بأيٍّ ، فكذلك فى مسألتِنا ، ولا يَصِحُّ قياسُ ما نحن فيه على غيرِه من المُعاوَضاتِ ؛ لما ذكَرْنا من الفَرْقِ ، ثم يَبْطُلُ قياسُهم بقولِ السَّيِّدِ لعبدِه : إن أعْطَيْتَنِى ألفًا فأنتَ حرٌّ . فإنَّه كمسْألتِنا ، وهو على التَّراخِي ،

١٧٢/٧و

(١٨) فى ا : « رفعه » .

(١٩) فى ب ، م : « الغالب » .

(٢٠) فى ا ، ب ، م : « الشروط » .

(٢١) فى ب ، م : « العطاء » .

(٢٢) فى الأصل ، ب ، م : « بالتراضى » .

(٢٣) فى الأصل : « محتملان » .

(٢٤-٢٤) فى ب ، م : « يقتضيه » .

على أنّنا[٢٥] قد ذكَرْنا أنَّ حُكْمَ هذا اللفظِ حُكْمُ الشَّرْطِ المُطْلَقِ .

فصل : وإذا قال لامرأتِه : أنتِ طالقٌ بألِفٍ إن شِئْتِ . لم تطْلُقْ حتى تشاءَ ، فإذا شاءتْ وقَعَ الطَّلاقُ بائنًا ، ويَسْتَحِقُّ[٢٦] الألْفَ ، سَواءٌ سألَتْه الطَّلاقَ فقالت : طَلِّقْنى بألِفٍ . فأجابَها ، أو قال ذلك لها ابتداءً ؛ لأنَّه علَّقَ طلاقَها[٢٧] على شَرْطٍ ، فلم يُوجَدْ قبلَ وُجودِه . وتُعْتَبرُ مَشيئتُها بالقولِ ، فإنَّها وإن كان محلُّها القلبَ ، فلا يُعرَفُ ما فى القلبِ إلَّا بالنُّطْقِ ، فيُعَلَّقُ[٢٨] الحُكْمُ به ، ويكونُ ذلك على التَّراخِى ، فمتى شاءتْ طَلُقَتْ . نَصَّ عليه أحمدُ . ومذهبُ الشَّافعىِّ كذلك ، إلَّا فى أنَّه على الفَوْرِ عندَه . ولو أنَّه قال لامرأتِه : أمْرُكِ بيَدِك إن ضَمِنْتِ لى ألفًا . فقياسُ قولِ أحمدَ ، أنَّه على التَّراخِى ؛ [٢٩]لأنَّه نَصَّ على أنَّ أمْرَك بيدِك ، على التَّراخِى[٢٩] ، ونصَّ على أنَّه إذا قال لها : أنتِ طالقٌ إن شئتِ . أنَّ لها المَشيئةَ بعدَ مَجْلسِها . ومذهبُ الشَّافعىِّ أنَّه على الفَوْرِ ؛ لما تقدَّمَ . ولَنا ، أنَّه لو قال لعبدِه : إن ضَمِنْتَ لى ألفًا فأنتَ حرٌّ . كان على التَّراخِى . ولو قال له : أنتَ حرٌّ على ألِفٍ إن شئتَ . كان على التَّراخِى . والطَّلاقُ نَظِيرُ العِتْقِ . فعلى هذا ، متى ضَمِنتْ له ألفًا ، كان أمرُها بيَدِها ، وله الرُّجوعُ فيما جَعَلَ إليها ؛ لأنَّ أمْرَك بيدِك توكيلٌ منه لها ، فله الرُّجوعُ فيه ، كما يَرْجِعُ فى الوكالةِ . وكذلك لو قال لزوجتِه : طَلِّقِى نفسَك إن ضَمِنْتِ لى ألفًا . فمتى ضَمِنتْ له ألفًا ، وطلَّقَتْ نفسَها ، وقَعَ ، ما لم يَرْجِعْ . وإن ضَمِنَتِ الألفَ ولم تُطَلِّقْ ، أو طَلَّقَتْ ولم تَضْمَنْ ، لم يَقَعِ الطَّلاقُ .

١٢٤٠ – مسألة ؛ قال : (وَإذَا خَالَعَهَا عَلَى عَبْدٍ ، فَخَرَجَ حُرًّا ، أَوِ اسْتُحِقَّ ، فَلَهُ عَلَيْهَا قِيمَتُهُ)

وجملةُ ذلك أنَّ الرَّجلَ إذا خالعَ امرأتَه على عِوَضٍ يَظنُّه مالًا ، فبانَ غيرَ مالٍ ، مثل أن

---

(٢٥) فى الأصل : « أنه » .

(٢٦) فى ا : « واستحق » .

(٢٧) فى الأصل : « الطلاق » .

(٢٨) فى الأصل : « فيتعلق » .

(٢٩ – ٢٩) سقط من الأصل . نقل نظر .

١٧٢/٧ظ

يُخالِعَها على عبدٍ / تُعيِّنُه فيَبِينُ حُرًّا ، أو مَغْصوبًا ، أو على خَلٍّ فَيَبِينُ خمرًا ، فإنَّ الخُلْعَ صحيحٌ ، فى قولِ أكثرِ أهلِ العلمِ ؛ لأنَّ الخُلْعَ مُعاوَضَةٌ بالبُضْعِ ، فلا يَفسُدُ بفَسادِ العِوَضِ ، كالنِّكاحِ ، ولكنَّه يَرْجِعُ عليها بقِيمَتِه لو كان عبدًا . وبهذا قال أبو ثَوْرٍ ، وصاحبا أبى حنيفةَ . وإن خالعَها على هذا الدَّنِّ الخَلِّ ، فبانَ خمرًا ، رَجَعَ عليها بمِثْلِه خَلًّا ؛ لأنَّ الخَلَّ[1] من ذواتِ الأمثالِ ، وقد دخلَ على أنَّ هذا المُعَيَّنَ خَلٌّ ، فكان له مثلُه ، كما لو كان خَلًّا فتَلِفَ قبلَ قَبضِه . وقد قيلَ : يَرْجِعُ بقِيمَةِ مثلِه خَلًّا ؛ لأنَّ الخمرَ ليس من ذواتِ الأمثالِ . والصَّحيحُ الأوَّلُ ؛ لأنَّه إنَّما وجبَ عليها مثلُه لو كان خَلًّا ، كما تُوجَبُ قيمةُ الحُرِّ بتَقْديرِ كَونِهِ عَبْدًا ، فإنَّ الحُرَّ لا قِيمَةَ له . وقال أبو حنيفةَ فى المسألةِ كلها : يَرْجِعُ بالمُسمَّى . وقال الشَّافعيُّ : يَرْجِعُ بمهرِ المِثلِ ؛ لأنه عَقْدٌ على البُضْعِ بعِوَضٍ فاسدٍ ، فأشْبَهَ النِّكاحَ بخَمْرٍ . واحتجَّ أبو حنيفةَ بأنَّ خُروجَ البُضْعِ لا قِيمَةَ له ، فإذا[2]غَرَّ به[2] ، رجعَ عليها بما أخذتْ . ولَنا ، أنَّها عَيْنٌ يجبُ تسْليمُها مع سَلامتِها ، وبَقاءِ سببِ الاسْتحقاقِ ، فوجبَ بَدَلُها مُقدَّرًا بقيمَتِها أو مثلِها ، كالمَغْصوبِ والمُسْتَعارِ . وإذا خالعَها على عبدٍ ، فخرجَ مَغْصوبًا ، أو أُمَّ ولَد ، فإنَّ أبا حنيفةَ يُسَلِّمُه ، ويوافقُنا فيه .

فصل : وإن خالَعَها على مُحرَّمٍ يعْلمان تَحْريمَه ، كالحُرِّ ، والخمرِ ، والخِنْزيرِ ، والْمَيْتةِ ، فهو كالخُلْعِ بغيرِ عِوَضٍ سواءٌ ، لا يَستحقُّ شيئًا . وبه قال مالكٌ ، وأبو حنيفةَ . وقال الشافعى : له عليها مهرُ المثلِ ؛ لأنَّه مُعاوَضَةٌ بالبُضْعِ ، فإذا كان العِوَضُ مُحرَّمًا وجبَ مهرُ المثلِ ، كالنِّكاحِ . ولَنا ، أنَّ خروجَ البُضْعِ مِن مِلْكِ[3] الزَّوجِ غيرُ مُتَقَوَّمٍ ، على ما أسْلَفْنا ، فإذا رَضِىَ بغيرِ عِوَضٍ ، لم يكُنْ له شىءٌ ، كما لو طلَّقَها أو علَّقَ طلاقَها على فِعْلِ شىءٍ ، ففعلَتْه ، وفَارَقَ النِّكاحَ ؛ فإنَّ دُخولَ البُضْعِ فى مِلْكِ الزَّوجِ

---

(١) فى ب ، م : « الخلع » .

(٢ - ٢) فى ا ، ب ، م : « غرته » .

(٣) فى الأصل : « مال » .

مُتَقَوَّمٌ ، ولا يَلزمُ إذا خالعَها على عبدٍ فبانَ حرًّا ؛ لأنَّه لم يَرْضَ بغيرِ عِوَضٍ مُتَقَوَّمٍ ، فيَرْجِعُ بحُكْمِ الغُرورِ ، وهٰهُنا رَضِىَ بِما لا قيمةَ له . إذا تقرَّرَ هذا ، فإنْ كان الخُلْعُ بلفظِ الطَّلاقِ ، فهو طلاقٌ[4] رَجْعِىٌّ ؛ لأنَّه خلا عن عِوَضٍ ، وإن كان بلفظِ الخُلْعِ و كِنَاياتِ الخُلْعِ ، ونَوَى به الطَّلاقَ ، فكذلك ؛ لأنَّ الكِنايةَ[5] مع النِّيَّةِ كالصَّريح ، وإن كان بلَفْظِ الخُلْعِ ، ولم يَنْوِ الطَّلاقَ ، انْبَنَى على أصْلٍ . وهو أنَّه هل يَصِحُّ الخُلْعُ[4] بغيرِ عِوَضٍ ؟ وفيه / رِوَايتانِ ؛ فإن قُلْنا : يَصِحُّ . صحَّ هٰهُنا . وإن قُلْنا : لا يَصِحُّ . لم يَصِحَّ ، ولم يقَعْ شيئًا[6] . وإن قال : إن أعْطَيْتِنى خمرًا أو مَيْتةً ، فأنتِ طالقٌ . فأعْطَتْه ذلك ، طَلُقَتْ ، ولا شىءَ عليها . وعندَ الشَّافعىِّ ، عليها مهرُ المثلِ ، كقولِه فى التى قبلَها .

١٧٣/٧و

فصل : فإن قال : إن أعْطَيْتِنى عَبْدًا فأنتِ طالقٌ . فأعْطَتْه مُدَبَّرًا أو مُعْتَقًا نصفُه ، وقعَ الطَّلاقُ بهما ؛ لأنَّهما كالقِنِّ فى التَّمْليكِ ، وإن أعطته حُرًّا ، أو مغصوبًا ، أو مرهونًا ، لم تطْلُقْ ؛ لأنَّ العَطِيَّةَ إنَّما تَتناولُ ما يصِحُّ تَمْليكُه ، وما لا يصحُّ تَمْليكُه لا تكونُ مُعْطِيةً له . وإن قال : إن أعْطَيْتِنى هذا العبدَ ، فأنت طالقٌ . فأعْطَتْه إيَّاه ، فإذا هو حُرٌّ أو مغصوبٌ ، لم تطْلُقْ أيضًا ؛ لما ذكَرَه أبو بكرٍ ، وأوْمَأَ إليه أحمدُ . وذكَر القاضِى وَجْهًا آخَرَ ، أنَّه يقَعُ الطَّلاقُ ؛ قال[4] : وأوْمَأَ إليه أحمدُ فى موضعٍ آخَرَ ؛ لأنَّه إذا عَيَّنه فقد قطعَ اجْتِهادَها فيه ، فإذا أعْطَتْه إيَّاه ، وُجِدَتِ الصِّفةُ ، فوقعَ الطَّلاقُ ، بخلافِ غيرِ المُعَيَّنِ . ولأصْحابِ الشَّافعىِّ أيضًا وَجْهانِ كذلك . وعلى قولِهم : يقعُ الطَّلاقُ ، هل يَرجعُ بقيمَتِه أو بمهرِ المثلِ ؟ على وَجْهينِ . ولَنا ، أنَّ العَطِيَّةَ إنَّما مَعْناها المُتبادِرُ إلى الفَهْمِ منها عندَ إطْلاقِها التَّمْكينُ[7] من تَمَلُّكِه ، بدليلِ غيرِ المُعَيَّنِ ؛ ولأنَّ الْعَطِيَّةَ هٰهنا التَّمليكُ ، بدليلِ حُصولِ المِلْكِ بها فيما إذا كان العبدُ مملوكًا لها ، وانْتفاءِ الطَّلاقِ فيما إذا كان غيرَ مُعَيَّنٍ .

---

(٤) سقط من : الأصل .

(٥) فى ا ، ب ، م : « الكنايات » .

(٦) فى ا : « شىء » . والمقصود لم يقع هو شيئا .

(٧) فى ب ، م : « التمكن » .

١٢٤١ ـ مسألة ؛ قال : (وَإِذَا قَالَتْ لَهُ : طَلِّقْنِى ثَلَاثًا بِأَلْفٍ . فَطَلَّقَهَا وَاحِدَةً ، لَمْ يَكُنْ لَهُ شَىءٌ ، وَلَزِمَتْهَا[(١)] التَّطْلِيقَةُ[(٢)])

أمَّا وُقوعُ الطَّلاقِ بها ، فلا خِلافَ فيه ، وأمَّا الألْفُ ، فلا يَسْتحِقُّ منه شيئًا . وقال أبو حنيفةَ ، ومالكٌ ، والشَّافعيُّ : له ثُلُثُ الألفِ ؛ لأنَّها اسْتَدْعتْ منه فِعْلًا بعِوَضٍ ، فإذا فعل بعضَه استَحَقَّ بقِسْطِه من العِوَضِ ، كما لو قال : مَن ردَّ عَبِيدِى فله ألْفٌ . فرَدَّ ثُلُثَهم ، استَحَقَّ ثُلُثَ الألفِ ، وكذلك فى بناءِ الحائطِ ، وخِيَاطةِ الثَّوْبِ . ولَنا ، أنَّها بَذَلَتِ العِوَضَ فى مُقابلَةِ شيءٍ لم يُجِبْها إليه ، فلم يَسْتحِقَّ شيئًا ، كما لو قال فى المُسابَقةِ : مَن سَبَقَ إلى خمسِ إصاباتٍ فله ألْفٌ . فسبَق إلى بَعْضِها . أو قالت : بِعْنِى عَبْدَيْك بألِفٍ . فقال : بِعْتُكِ أحدَهما بخمسمائةٍ . وكما لو قالت : طَلِّقْنِى ثلاثًا على ألِفٍ . فطلَّقَها واحدةً ، فإنَّ أبا حنيفةَ / وافقَنا فى هذه الصُّورةِ على أنَّه لا يَسْتحِقُّ شيئًا . فإن قيل : الفَرْقُ بينهما أنَّ الباءَ للعِوَضِ دُونَ الشَّرطِ ، وعلى للشَّرْطِ ، فكأنَّها شَرطتْ فى اسْتِحقاقِه الألفَ أن يُطَلِّقَها ثلاثًا . قُلْنا : لا نُسَلِّمُ أنَّ على للشَّرْطِ ، فإنَّها ليستْ مذكورةً فى حُروفِه ، وإنَّما معناها ومعنى الباءِ واحدٌ ، وقد سُوِّىَ بينهما فيما إذا قالتْ : طَلِّقْنى وضَرَّتِى بألِفٍ ، أو على ألِفٍ . ومُقْتضَى اللَّفظِ لا يَخْتلفُ بكَوْنِ المُطَلَّقةِ واحدةً أو اثْنتَيْنِ .

١٧٣/٧ ظ

فصل : فإن قالت : طلِّقْنى ثلاثًا ولك ألْفٌ . فهى كالتى قبلَها ، إن طلَّقَها أقلَّ من ثلاثٍ ، وقعَ الطَّلاقُ ، ولا شىءَ له ، وإن طلَّقَها ثلاثًا ، اسْتحقَّ الألفَ . ومذهبُ الشَّافعىِّ ، وأبى يوسفَ ، ومحمدٍ فيها كمذهبِهم فى التى قبلَها . وقال أبو حنيفةَ : لا يَسْتحِقُّ شيئًا ، وإن طلَّقَها ثلاثًا ؛ لأنَّه لم يُعلِّقِ الطَّلاقَ بالعِوَضِ . ولَنا[(٣)] ، أنَّها اسْتدْعَتْ منه الطَّلاقَ بالعِوَضِ ، فأشْبَهَ ما لو قال : رُدَّ عبدِى ولك ألْفٌ . فردَّه . وقوله : لم يُعلِّقِ

---

(١) فى ا ، ب ، م : « ولزمها » .

(٢) فى ب ، م : « تطليقة » .

(٣) فى الأصل : « قلنا » .

الطَّلاقَ بالعِوَضِ . غيرُ مُسَلَّمٍ ؛ فإنَّ معنى الكلامِ ، ولكَ ألْفٌ عوضًا عن طلاقى . فإنَّ قَرينةَ الحالِ دالَّةٌ عليه . وإن قالت : طَلِّقْنِى وضَرَّتِى بألِف ، أو على ألِف علينا . فطلَّقَها وحدَها ، طَلُقَتْ ، وعليها قِسْطُها من الألِف ؛ لأنَّ عَقْدَ الواحِدِ مع الاثْنَيْنِ بمَنْزِلةِ العَقْدَيْنِ ، وخُلْعَه للمرأتَيْنِ بعِوَضٍ عليهما[4] خُلْعانِ ، فجازَ أن يَنْعَقِدَ أحَدُهما صحيحًا مُوجِبًا للعِوَضِ دُونَ الآخر . وإن كان العِوَضُ منها وحدَها ، فلا شىءَ له ، فى قياسِ المذهبِ ؛ لأنَّ العَقْدَ لا يَتعدَّدُ بتعدُّدِ العِوَضِ ، وكذلكَ[5] لو اشْتَرى منه عَبْدَيْنِ بثمنٍ واحِدٍ ، كان عَقْدًا واحدًا ، بخلافِ ما إذا كان العاقِدُ من أحدِ الطَّرَفَيْنِ اثنين ، فإنَّه يكونُ عَقْدينِ .

فصل : وإن قالت : طَلِّقْنِى ثلاثًا بألِف . ولم يَبْقَ من طلاقِها إلَّا واحدةٌ ، فطلَّقَها واحدةً أو ثلاثًا ، بانَتْ بثلاثٍ . قال أصحابُنا : ويستحقُّ الألفَ ، علمتْ أو لم تَعْلَمْ . وهو مَنْصوصُ الشَّافعيِّ . وقال المُزَنِيُّ : لا يَسْتحِقُّ إلَّا ثُلُثَ الألْفِ ؛ لأنَّه[6] إنَّما طلَّقَها ثُلُثَ ما طلبَتْ منه ، فلا يَسْتحِقُّ إلَّا ثُلُثَ الألِف ، كما لو كان طَلاقُها ثلاثًا . وقال ابنُ سُرَيْج : إن علمتْ أنه لم يَبْقَ[7] من طَلاقِها إلَّا طلقةٌ ، اسْتَحَقَّ الألفَ ، وإن لم تعلمْ ، كقَوْلِ المُزَنِىِّ ؛ لأنَّها إن كانت عالمةً ، كان معنى كلامِها كَمِّلْ لى الثَّلاثَ ، وقد فعلَ ذلك . ووَجْهُ قولِ أصحابِنا ، أنَّ هذه الواحدةَ كَمَّلَتِ الثَّلاثَ ، وحَصَّلَتْ مايحْصُلُ / بالثَّلاثِ من البَيْنُونةِ ، وتَحْريمِ العَقْدِ ، فوجَبَ بها العِوَضُ ، كما لو طلَّقَها ثلاثًا . ١٧٤/٧و

فصل : فإن لم يَبْقَ من طلاقِها إلَّا واحدةٌ ، فقالت : طَلِّقْنِى ثَلاثًا[6] بألِف ، واحدةً أبِينُ بها ، واثْنَتَيْنِ فى نِكاحٍ آخَرَ . فقال أبو بكرٍ : قِياسُ قولِ أحمدَ ، أنَّه إذا طلَّقَها

---

(٤) فى الأصل : « عليها » .

(٥) فى ا ، ب ، م : « ولذلك » .

(٦) سقط من : ب ، م .

(٧) فى ب ، م : « يبو » .

واحدةً ، اسْتَحَقَّ العِوَضَ ، فإن تَزَوَّجَ بها بعدَ ذلك ، ولم يُطلِّقْها ، رَجَعَتْ عليه بالعِوَضِ ؛ لأنَّها بذَلتِ العِوَضَ فى مُقابلةِ ثَلَاثٍ ، فإذا لم يُوقِعِ الثَّلاثَ ، لم يَستَحِقَّ العِوَضَ ، كما لو كانت ذاتَ طَلَقاتٍ[8] ثلاثٍ ، فقالت : طلِّقْنى ثلاثًا . فلم يُطَلِّقْها إلَّا واحدةً ، ومُقْتضَى هذا ، أنَّه إذا لم[9] يَنْكِحْها نِكاحًا آخرَ ، أنَّها تَرجِعُ عليه بالعِوَضِ ، وإنَّما يَفُوتُ نكاحُه إيَّاها بمَوْتِ أحدِهما . وإن نَكَحَها نِكاحًا آخرَ وطلَّقَها اثْنَتَيْن ، لم تَرجِعْ عليه بشىءٍ ، وإن لم يُطَلِّقْها إلَّا واحدةً ، رَجَعتْ عليه بالعِوَضِ كلِّه . قال القاضى : الصَّحيحُ فى المذهب أنَّ هذا لا يصِحُّ فى الطَّلْقَتَيْن الآخِرَتَيْنِ ؛ لأنَّه سَلَفٌ فى طلاقٍ ، ولا يَصِحُّ السَّلَمُ فى الطَّلاقِ ، ولأنَّه[10] مُعَاوَضةٌ على الطَّلاقِ قبلَ النِّكاحِ ، والطَّلاقُ قبلَ النِّكاحِ لا يصحُّ ، فالمُعَاوضةُ عليه أوْلَى ، فإذا بطَلَ فيهما ، انْبَنَى ذلك على تَفْرِيقِ الصَّفْقةِ ، فإن قُلْنا : تُفرَّقُ . فله ثُلُثُ الألِفِ ، وإن قُلْنا : لا تُفرَّقُ . فسَدَ العِوَضُ فى الجميعِ ، ويَرْجِعُ بالمُسمَّى فى عَقْدِ النِّكاحِ .

فصل : وإن قالت : طَلِّقْنِى واحدةً بألِفٍ . فطلَّقَها ثلاثًا . اسْتحَقَّ الألْفَ . وقال محمدُ بنُ الحسنِ : قياسُ قولِ أبى حنيفةَ أنَّه لا يَسْتحِقُّ شيئًا ؛ لأنَّ الثَّلاثَ مُخالِفةٌ للواحدةِ ، لأنَّ تَحْريمَها لا يَرْتفِعُ إلَّا بزَوْجٍ وإصابةٍ ، وقد لا تُرِيدُ ذلك ، ولا تَبْذُلُ العِوَضَ فيه ، فلم يَكُنْ ذلك إيقاعًا لما اسْتَدْعَتْه ، بل هو إيقاعٌ مُبتَدأٌ ، فلم يَستَحِقَّ به عِوَضًا . ولَنا ، أنَّه أوقعَ ما اسْتَدْعَتْه وزيادةً ؛ لأنَّ الثَّلاثَ واحدةٌ واثْنَتانِ . وكذلك لو قال : طَلِّقِى نفسَكِ ثلاثًا . فطلَّقَتْ نفسَها واحدةً ، وقع ، فيَسْتَحِقُّ العِوَضَ بالواحدةِ ، وما حَصَلَ من الزِّيادةِ التى لم تَبذُلِ العِوَضَ فيها لا يَستحِقُّ بها شيئًا . فإن قال لها : أنتِ طالقٌ بألِفٍ ، وطالقٌ ، وطالقٌ . وقعتِ الأُولى بائنةً ، ولم تقَعِ الثَّانيةُ ، ولا الثَّالثةُ ؛ لأنَّهما جاءا بعدَ بَيْنُونَتِها . وهذا مذهبُ الشَّافعىِّ . وإن قال لها : أنتِ طالقٌ وطالقٌ وطالقٌ بألِفٍ . وقعَ

---

(8) فى الأصل : « طلاق » .

(9) سقط من : ب ، م .

(10) سقطت الواو من : ا ، ب ، م .

١٧٤/٧ظ الثَّلاثُ . وإن قال : أنتِ طالقٌ وطالقٌ وطالقٌ . ولم يقل / : بألِف . قيل له : أيَّتُهنَّ أوْقَعْتَ بالألِف[١١] ؟ فإن قال : الأُولى . بانَتْ بها ، ولم يقعْ ما بعدَها . وإن قال : الثَّانية . بانَت بها ، وَوَقَعَتْ بها طَلْقتانِ ، ولم تقَع الثَّالثةُ . وإن قال : الثَّالثةَ . وقعَ الكلُّ . وإن قال : نَوَيْتُ أنَّ الألفَ فى مُقابلَةِ الكُلِّ . بانَتْ بالأُولى وحدَها . ولم يقَعْ بها ما بعدَها ؛ لأنَّ الأُولَى حصَلَ فى مُقابلَتِها عِوَضٌ ، وهو قِسْطُها من الألِف ، فبانَتْ بها ، وله ثُلُثُ الألِف ؛ لأنَّه رَضِىَ بأن يُوقِعَها بذلك ، مثل أن تقولَ : طَلِّقْنى بألِف . فيقولَ : أنتِ طالقٌ بخَمْسِمائةٍ . هكذا ذكرَه القاضى . وهو مذهبُ الشَّافعىِّ . ويَحْتَمِلُ أنْ يَسْتحِقَّ الألفَ ؛ لأنَّه أتَى بما بَذَلَتِ العِوَضَ فيه بِنيَّةِ العِوَضِ ، فلم يَسْقُطْ بعضُه بنيَّتِه ، كما لو قالتْ : رُدَّ عبدِى بألِف . فردَّه يَنْوِى خَمْسَمِائةً . وإن لم يَنْوِ شيئًا ، اسْتحَقَّ الألفَ بالأُولَى ، ولم يقعْ بها[١١] ما بعدَها . ويَحْتَمِلُ أن تقعَ الثَّلاثُ ؛ لأنَّ الواوَ للجمعِ ، ولا تَقْتضِى ترتيبًا ، فهو كقولِه : أنتِ طالقٌ ثلاثًا بألِف . وكذلك [١٢] إذا قال ذلك [١٢] لغيرِ مَدْخولٍ بها ، أو قال : أنتِ طالقٌ وطالقٌ وطالقٌ بألِف . طَلُقَتْ ثلاثًا .

فصل : وإذا قالت : طَلِّقْنِى بألِف ، أو على أنَّ لك ألفًا ، أو إن طَلَّقْتَنِى فلك علىَّ ألفٌ . فقال : أنتِ طالقٌ . اسْتَحَقَّ الألفَ ، وإن لم يذْكُرْه ؛ لأنَّ قولَه جوابٌ لما اسْتدعَتْهُ منه ، والسُّؤَالُ كالمُعادِ[١٣] فى الجوابِ ، فأشْبَهَ مالو قالتْ : بِعْنِى عبدَك بألِف . فقال : بِعْتُكِه . وإن قالت : اخْلَعْنِى بألِف . فقال : أنتِ طالقٌ . فإن قُلْنا : الخُلْعُ طَلْقةٌ بائِنةٌ . وَقَعَ ، واسْتحَقَّ العِوَضَ ؛ لأنَّه أجابَها إلى ما بَذَلَتِ العِوَضَ فيه . وإن قُلْنا : هو فَسْخٌ . احْتَمَلَ أن يَسْتحِقَّ العِوَضَ أيضًا ؛ لأنَّ الطَّلاقَ يَتضمَّنُ ما طلبَتْه[١٤] ، وهو بَيْنُونَتُها ، وفيه زيادةُ نُقْصانِ العَدَدِ ، فأشْبَهَ مالو قالتْ : طَلِّقْنِى واحدةً بألِف . فطلَّقَها

---

(١١) سقط من : الأصل .

(١٢-١٢) فى ا ، ب ، م : « لو قال » .

(١٣) فى ب ، م : « معاد » .

(١٤) فى الأصل ، ا : « طلبت » .

ثلاثًا . واحْتَمَلَ[١٥] أن لا يَستحِقَّ شيئًا ؛ لأنَّها اسْتَدْعَتْ منه فَسْخًا ، فلم يُجبْها إليه ، وأوْقعَ طَلاقًا ما طلبَتْه ، ولا بذَلَتْ فيه عِوَضًا . فعلى هذا ، يَحْتَمِلُ أن يقَعَ الطَّلاقُ رَجْعِيًّا ؛ لأنَّه أوْقَعَه مُبْتدِئًا به ، غيرَ مَبْذُولٍ فيه عِوَضٌ ، فأشْبَهَ ما لو طلَّقَها ابْتداءً ، ويَحْتمِلُ أن لا يقَعَ ؛ لأنَّه أوْقَعَه بعِوَضٍ ، فإذا لم يَحْصُلِ العِوَضُ لم يقَعْ ؛ لأنَّه كالشَّرطِ فيه ، فأشْبَهَ ما لو قال : إن أعْطَيْتِنى ألفًا فأنتِ طالقٌ . وإن قالتْ : طَلِّقْنِى بألفٍ . فقال : خَلَعْتُكِ. فإن قُلْنا: هو طَلاقٌ. اسْتحَقَّ الألْفَ؛ لأنَّه طلَّقَها، وإن نَوَى به الطَّلاقَ ، فكذلك ؛ لأنَّه كِنايةٌ فيه ، وإن لم يَنْوِ الطَّلاقَ ، وقُلْنا : ليس بطلاقٍ . لم يَسْتحِقَّ عِوَضًا ؛ لأنَّه ما أجابَها إلى ما بذَلتِ / العِوَضَ فيه ، ولا يتضَمَّنُه ؛ لأنَّها سألَتْه طلاقًا يَنْقُصُ به عَدَدُ طَلاقِه ، فلم يُجبْها إليه ، وإذا لم يَجِبِ العِوَضُ لم يَصِحَّ الخُلْعُ ؛ لأنَّه إنَّما خالَعَها مُعْتَقِدًا لحُصولِ العِوَضِ ، فإذا لم يَحْصُلْ ، لم يَصِحَّ . ويَحْتَمِلُ أن يكونَ كالخُلْعِ بغيرِ عِوَضٍ ، فيه[١٦] مِنَ الخلافِ ما فيه .

١٧٥/٧ و

فصل : ولو قالتْ له : طلِّقنِى عشرًا بألْفٍ . فطلَّقَها واحدةً أو اثْنَتَينِ ، فلا شىءَ له ؛ لأنَّه لم يُجِبْها إلى ما سألَتْ، فلم يَسْتَحِقَّ عليها ما بَذَلَتْ. وإن طلَّقَها ثلاثًا، اسْتحَقَّ الألفَ ، على قياسِ قولِ أصْحابِنا فيما إذا قالتْ : طلِّقْنِى ثلاثا بألِفٍ . ولم يَبْقَ من طَلاقِها إلَّا واحدةٌ ، فطلَّقَها واحدةً ، اسْتحَقَّ الألفَ ؛ لأنَّه قد حصَلَ بذلك جميعُ المقْصودِ .

فصل : ولو لم يَبْقَ من طلاقِها إلَّا واحدةٌ ؛ فقالت : طَلِّقنِى ثلاثًا بألِفٍ . فقال : أنتِ طالقٌ طَلْقتَيْنِ ، الأُولى بألِفٍ ، والثَّانيةُ بغيرِ شىءٍ . وقَعتِ الأُولَى ، واسْتحَقَّ الألفَ ، ولم تقعِ الثَّانيةُ . وإن قال : الأُولَى بغيرِ شىءٍ . وقَعتْ وحدَها ، ولم يَسْتحِقَّ شيئًا ؛ لأنَّه لم يَجْعلْ لها عِوَضًا ، وكَمَلَتِ الثَّلاثُ . وإن قال : إحْداهما بألِفٍ . لَزِمَها الألفُ ؛ لأنَّها طلبتْ منه طَلْقةً بألِفٍ ، فأجابَها إليها ، وزادَها أُخْرَى .

فصل : وإن قالت : طَلِّقنِى بألِفٍ إلى شهرٍ . أو أعْطَتْه ألفًا على أن يُطلِّقَها إلى شهرٍ ،

---

(١٥) سقطت واو العطف من : ب ، م .

(١٦) فى ب ، م : « وفيه » .

فقال : إذا جاء رأسُ الشَّهرِ فأنتِ طالقٌ . صحَّ ذلك ، واسْتحقَّ العِوَضَ ، ووقَعَ الطَّلاقُ عندَ رأسِ الشَّهرِ بائِنًا ؛ لأنَّه بعِوَضٍ . وإن طَلَّقَها قبلَ مَجىءِ الشَّهرِ ، طَلُقَتْ ولا شىءَ له . ذكَرَه أبو بكرٍ ، وقال : رَوَى ذلك عن أحمدَ علىُّ بن سعيدٍ . وذلك لأنَّه إذا طلَّقَها قبلَ رأسِ الشَّهرِ ، فقد اخْتارَ إيقاعَ الطَّلاقِ من غيرِ عِوَضٍ . وقال الشَّافعىُّ : إذا أخذ مِنها ألفًا على أن يُطَلِّقَها إلى شهرٍ ، فطلَّقَها بألفٍ ، بانَت ، وعليها مهرُ المِثْلِ ؛ لأنَّ هذا سَلَفٌ فى طَلاقٍ ، فلم يَصِحَّ ، لأنَّ الطَّلاقَ لا يثبُتُ فى الذِّمَّةِ ، ولأنَّه عَقْدٌ تعلَّقَ بعَيْنٍ ، فلا يجوزُ شَرْطُ تأخيرِ التَّسْليمِ فيه . ولَنا ، أنَّها جعلتْ له عِوَضًا صحيحًا على طلاقِها ، فإذا طلَّقَها اسْتَحقَّه ، كما لو لم يَقُلْ: إلى شهرٍ ، ولأنَّها جعَلتْ له عِوَضًا صحيحًا على طَلاقِها ، فلم يَسْتحِقَّ أكثرَ منه ، كالأصلِ . وإن قالتْ : لك ألفٌ على أن تُطَلِّقَنى أىَّ وقتٍ شئتَ ، من الآن إلى شهرٍ . صَحَّ فى قياسِ المسألةِ التى[17] قبلَها . وقال القاضى : لا يَصِحُّ ؛ لأنَّ زمنَ الطَّلاقِ مجهولٌ ، فإذا طلَّقَها فله مهرُ المثلِ . وهذا مذهبُ الشَّافعىِّ ؛ / لأنَّه طلَّقَها على عِوَضٍ لم يَصِحَّ ، لفَسادِه . ولَنا ، ما تقدَّمَ فى التى قبلَها ، ولا تَضُرُّ الجَهَالةُ فى وقتِ الطَّلاقِ ؛ لأنَّه ممَّا يَصِحُّ تَعْليقُه على الشَّرْطِ ، فصَحَّ بَذْلُ العِوَضِ فيه مجهولَ الوقتِ كالجُعالةِ ، ولأنَّه لو قال : متى أعْطَيْتِنى ألفًا فأنتِ طالقٌ . صَحَّ ، وزمنُه مجهولٌ أكثرُ من الجَهَالةِ هـٰهُنا ، فإنَّ الجَهَالةَ هـٰهُنا فى شهرٍ واحدٍ ، وثَمَّ فى العُمْرِ كلِّه . وقولُ القاضى : له مَهْرُ المِثْلِ . مُخالِفٌ لقياسِ المذهبِ ؛ فإنَّه ذكَرَ فى المواضِعِ التى يفسُدُ فيها[18] العِوَضُ ، أنَّ له المُسَمَّى . فكذلك يَجِبُ أن يكونَ هـٰهُنا إنْ حَكَمْنَا بفسادِه . واللهُ أعلمُ.

175/7 ظ

فصل : إذا قال لها[19] : أنت طالقٌ وعليكِ ألفٌ . وقَعت طَلْقةً رَجْعِيَّةً ؛ ولا شىءَ عليها ؛ لأنَّه لم يَجْعَلْ له العِوَضَ فى مُقابلَتِها ، ولا شَرْطًا فيها ، وإنَّما عطفَ ذلك على طَلاقِها ، فأشْبَهَ مالو قال : أنتِ طالقٌ ، وعليكِ الحَجُّ . فإن أعْطَتْه المرأةُ عن ذلك عِوَضًا ، لم يكُنْ له[19] عِوَضًا ؛ لأنَّه لم يُقابلْه شىءٌ ، وكان ذلك هِبَةً مُبْتَدَأةً ، يُعتبَرُ فيه

---

(17) سقط من : الأصل .

(18) فى الأصل : « فيه » .

(19) سقط من : ا .

شَرائطُ الهِبَةِ . وإن قالت المرأةُ : ضَمِنْتُ لك ألفًا . لم يَصحَّ ؛ لأنَّ الضَّمانَ إنَّما يكونُ عن غيرِ الضَّامنِ لحقٍّ[٢٠] واجبٍ ، أو مَآلُه إلى الوُجوبِ ، وليس هـٰهُنا شيءٌ من ذلك . وذكَر القاضى أنَّه يَصِحُّ ؛ لأنَّ ضَمانَ مالم يَجِبْ يَصحُّ . ولم أعْرِفْ لذلك وَجْهًا ، إلَّا أن يكونَ أرادَ أنَّها إذا قالتْ له قبلَ طلاقِها : ضَمِنْتُ لك ألفًا ، على أن تُطَلِّقَنِى . فقال : أنتِ طالقٌ ، وعليك ألفٌ . فإنَّه يَستحِقُّ الألفَ . وكذلك إذا قالتْ : طَلِّقْنِى طَلْقةً بألِفٍ . فقال : أنتِ طالقٌ ، وعليك ألفٌ . وقعَ الطَّلاقُ ، وعليها ألفٌ ؛ لأنَّ قولَه : أنت طالقٌ . يكْفِى فى صِحَّةِ الخُلْعِ ، واسْتِحْقاقِ العِوَضِ ، وما وُصِلَ به تأْكيدٌ . فإن اخْتَلفَ فقال : أنتِ اسْتَدْعَيْتِ منِّى الطَّلاقَ بألِفٍ . فأنْكَرَتْه ، فالقولُ قولُها ؛ لأنَّ الأصلَ عَدَمُه ، فإذا حَلَفتْ[٢١] بَرِئَتْ مِنَ العِوَضِ وبانَتْ ؛ لأنَّ قولَه مَقْبولٌ فى بَيْنُونَتِها لأنَّها حقُّه ، غيرُ مقبولٍ فى العِوَضِ لأنَّه عليها . وهذا مذهبُ الشَّافعىِّ ، وأبى حنيفةَ . وإن قال : ما اسْتَدْعَيْتِ منِّى الطَّلاقَ ، وإنَّما أنا[٢٢] ابتدأتُ به[٢٣] ، فلى عليك الرَّجعةُ . وادَّعَتْ أنَّ ذلك كان جوابًا لا سْتِدْعائِها ، فالقولُ قولُ الزَّوجِ ؛ لأنَّ الأصلَ معه ، ولا يَلْزَمُها الألْفُ ؛ لأنَّه لا يَدَّعيه . وإن قال : أنتِ طالقٌ على الألِفِ[٢٤] . فالمنصوصُ عن أحمدَ أنَّ الطَّلاقَ يقَعُ رجعيًّا كقولِه : أنت طالقٌ ، وعليك ألفٌ . فإنَّه قال فى رواية مُهَنَّا ، فى الرَّجلِ يقولُ لامرأتِه: أنتِ طالقٌ / على ألِفِ درهمٍ، فلم تقُلْ هى شيئًا: فهى طالقٌ يَمْلِكُ الرَّجعةَ ثانيًا[٢٥] . وقال القاضى، فى « المُجرَّد » : ذلك للشَّرطِ ، تقْديرُه إنْ ضَمِنْتِ لى ألفًا فأنتِ طالقٌ . فإن ضَمِنَتْ له ألْفًا ، وقعَ الطَّلاقُ بائنًا ، وإلَّا لم يَقَعْ . وكذلك الحُكمُ إذا قال : أنتِ طالقٌ[٢٦] على أنَّ عليكِ ألْفًا . فقياسُ قولِ أحمدَ ، أنَّ[٢٦] الطَّلاقَ يقَعُ

١٧٦/٧و

---

(٢٠) فى الأصل : « بحق » .

(٢١) فى ب ، م : « حلت » .

(٢٢) سقط من : الأصل .

(٢٣) سقط من : ا ، ب ، م .

(٢٤) فى ا : « ألف » .

(٢٥) سقط من : ا .

(٢٦-٢٦) سقط من : ب ، م ماعدا كلمة : « أحمد » .

رَجْعِيًّا ، ولا شيءَ له . وعلى قولِ القاضى ، إن قَبِلَتْ ذلك لَزِمَها الألفُ ، وكان خُلْعًا ، وإلَّا لم يقَعِ الطَّلاقُ . وهو قولُ أبى حنيفةَ ، والشَّافعىِّ . وهو أيضًا ظاهرُ كَلامِ الخِرَقِىِّ ؛ لأنَّه اسْتَعْمَلَ عَلَى بمعنى الشَّرْطِ فى مَواضِعَ من[27] كتابِه ، منها قولُه : وإذا أنْكَحَها على أن لا يَتَزَوَّجَ عليها ، فلها فِراقُه إن تَزَوَّجَ عليها . وذلك أنَّ عَلَى تُسْتَعْملُ بمعنى الشَّرْطِ ؛ بدليلِ قولِ اللهِ تعالى فى قصَّةِ شُعَيبٍ : ﴿ إِنِّى أُرِيدُ أَنْ أُنكِحَكَ إِحْدَى ٱبْنَتَىَّ هَـٰتَيْنِ عَلَىٰٓ أَن تَأْجُرَنِى ثَمَـٰنِىَ حِجَجٍ ﴾[28] . وقال : ﴿ فَهَلْ نَجْعَلُ لَكَ خَرْجًا عَلَىٰٓ أَن تَجْعَلَ بَيْنَنَا وَبَيْنَهُمْ سَدًّا ﴾[29] . وقال موسى : ﴿ هَلْ أَتَّبِعُكَ عَلَىٰٓ أَن تُعَلِّمَنِ مِمَّا عُلِّمْتَ رُشْدًا ﴾[30] . ولو قال فى النِّكاحِ : زَوَّجْتُكَ ابْنتِى على صَداقِ كذا . صَحَّ ، فإذا[31] أوْقعَه بعِوَضٍ . لم يَقَعْ بدونِه ، وجرى مَجْرَى قولِه : أنتِ طالقٌ إن أعْطَيْتِنِى ألفًا ، أو ضَمِنْتِ لى ألفًا . ووَجْهُ الأوَّلِ ، أنَّه أوْقَعَ الطَّلاقَ غيرَ مُعَلَّقٍ بشَرْطٍ ، وجعلَ عليها عِوَضًا لم تَبذُلْه ، فوقَعَ رَجْعِيًّا من غيرِ عِوَضٍ ، كما لو قال : أنتِ طالقٌ ، وعليك ألفٌ . ولأنَّ عَلَى ليست للشَّرْطِ ، ولا للمُعاوَضَةِ ، ولذلك لا يَصِحُّ أن يقولَ : بِعْتُك ثَوْبِى عَلَى دينارٍ .

فصل : وإذا قال : أنتِ طالقٌ ثلاثًا بألفٍ . فقالتْ : قد[32] قَبِلْتُ واحدةً منها بألفٍ . وقَعَ الثَّلاثُ ، واسْتَحَقَّ الألْفَ ؛ لأنَّ إيقاعَ الطَّلاقِ إليه ، وإنَّما علَّقه بعِوَضٍ يَجْرِى مَجْرَى الشَّرْطِ مِن جهتِها ، وقد وُجِدَ الشَّرْطُ ، فيقَعُ الطَّلاقُ . وإن قالتْ : قبِلْتُ بألْفَيْنِ . وقعَ ، ولم يَلْزَمْها الألْفُ الزَّائدةُ[33] ؛ لأنَّ القَبولَ لما أوْجَبَه دُونَ ما لم

(27) فى الأصل : « ف » .

(28) سورة القصص 26 .

(29) سورة الكهف 94 .

(30) سورة الكهف 66 .

(31) فى ا ، ب ، م : « وإذا » .

(32) سقط من : ب ، م .

(33) فى ا ، ب ، م : « الزائد » .

يُوجِبْه . وإن قالتْ : قَبِلتُ بخَمْسِمائةٍ . لم يقَعْ ؛ لأنَّ الشَّرْطَ لم يُوجَدْ . وإن قالتْ : قبلتُ واحدةً من الثَّلاثِ بثُلُثِ الألِفِ . لم يَقَعْ ؛ لأنَّه لم يَرْضَ بانْقِطَاعِ رَجْعتِه عنها إلَّا بألِفٍ . وإن قال : أنتِ طالقٌ طَلْقتيْنِ ، إحْداهما بألِفٍ . وقَعتْ بها واحدةٌ ؛ لأنَّها بغيرِ عِوَضٍ ، ووَقعتِ الأُخْرَى على قَبُولِها ؛ لأنَّها بعِوَضٍ .

١٢٤٢ ـ مسألة ؛ قال : (**وَإِذَا خَالَعَتْهُ الْأَمَةُ بِغَيْرِ إِذْنِ سَيِّدِهَا عَلَى شَيْءٍ مَعْلُومٍ ، / كَانَ الْخُلْعُ وَاقِعًا ، وَيَتْبَعُهَا إذا عَتَقَتْ بِمِثْلِهِ ، إِنْ كَانَ لَهُ مِثْلٌ ، وَإِلَّا فَقِيمَتُهُ**[1]) ١٧٦/٧ظ

فى هذه المسألةِ ثلاثةُ فصولٍ :

أحدُها : أنَّ الخُلْعَ مع الأَمَةِ صحيحٌ ، سواءٌ كان بإذْنِ سَيِّدِها ، أو بغيرِ إذنِه ؛ لأنَّ الخُلْعَ يَصِحُّ مع الأجْنَبِىِّ فمع الزَّوجةِ أوْلَى ، ويكونُ طلاقُها على عِوَضٍ بائنًا ، والخُلْعُ معها كالخُلْعِ مع الحُرَّةِ سَواءً .

الفصلُ الثَّانى : أنَّ الخُلْعَ إذا كان بغيرِ إذْنِ سَيِّدِها على شىءٍ فى ذِمَّتِها ، فإنَّه يَتْبعُها إذا عَتَقَتْ ؛ لأنَّه رَضِىَ بذِمَّتِها ، ولو[2] كان على عَيْنٍ ، فالذى ذكرَ الْخِرَقِىُّ ، أنَّه يَثْبُتُ فى ذِمَّتِها مِثْلُه أو قيمتُه إن لم يكُنْ مِثْلِيًّا ؛ لأنَّها لا تَمْلِكُ العَيْنَ ، وما فى يَدِها[3] من شىءٍ فهو لسَيِّدِها ، فيَلْزَمُها بدَلُه ، كما لو خَالَعَها على عبدٍ فخرجَ حُرًّا أو مُستَحَقًّا . وقياسُ المذهبِ أنَّه لا شىءَ له ؛ لأنَّه إذا خالعَها على عَيْنٍ ، وهو يَعْلمُ أنَّها أَمَةٌ ، فقد علمَ أنَّها لا تمْلِكُ العَيْنَ ، فيكونُ راضيًا بغيرِ عِوَضٍ ، فلا يكونُ له شىءٌ ، كما لو قال : خالَعْتُك على هذا المَغْصوبِ ، أو هذا الحُرِّ . وكذلك ذكرَ القاضِى ، فى « المُجَرَّدِ » ، قال : هو كالخُلْعِ على المغْصوبِ ؛ [4]لأنَّه لا يَمْلِكُه[4] . وهذا قولُ مالكٍ . وقال الشَّافعىُّ : يَرجِعُ عليها

---

(١) فى الأصل ، ا : « قيمته » .

(٢) فى ا : « وإن » .

(٣) فى الأصل ، ب ، م : « يده » .

(٤ - ٤) فى ا ، ب ، م : « لأنها لا تملكها » .

بمَهْرِ المِثْلِ ، كقولِه فى الخُلْعِ على الحُرِّ والمغْصوبِ . ويُمْكِنُ حَمْلُ كلامِ الخِرَقِىِّ على أنَّها ذكرتْ لزَوْجِها أنَّ سَيِّدَها أذِنَ لها فى هذا[٥] الخُلْعِ بهذه العَيْنِ ، ولم تكُنْ صادقةً ، أو جَهِلَ أنَّها لا تَمْلِكُ العَيْنَ ، أو يكونُ اختارَه[٦] فيما إذا خالعَها على مَغْصوبٍ أنَّه يَرْجِعُ عليها بقِيمَتِه ، ويكونُ الرُّجوعُ عليها فى حالِ عِتْقِها ؛ لأنَّه الوقتُ الذى تَمْلِكُ فيه ، فهى كالمُعْسِرِ ، يُرْجَعُ عليه فى حالِ يَسارِه ، ويُرْجَعُ بقِيمَتِه أو مِثْلِه ، لأنَّه مُستَحَقٌّ تَعَذَّرَ تسْليمُه مع بقاءِ سَبَبِ الاستِحْقاقِ ، فوجبَ الرُّجوعُ بمِثْلِه أو قِيمَتِه ، كالمَغْصُوبِ .

الفصلُ الثَّالث : إذا كان الخُلْعُ بإذْنِ السَّيِّدِ ، تَعلَّقَ العِوَضُ بذِمَّتِه . هذا قياسُ المذهبِ ، كما لو أذِنَ لعبدِه فى الاستِدَانةِ . ويَحْتَمِلُ أنْ يَتعلَّقَ برقبةِ الأمَةِ . وإن خالعَتْ على مُعَيَّنٍ بإذنِ السَّيِّدِ فيه ، مَلَكَه . وإن أذِنَ فى قَدْرِ المالِ ، فخالَعتْ بأكثرَ منه ، فالزِّيادةُ فى ذِمَّتِها . وإن أطْلَقَ الإذنَ ، اقْتَضى الخُلْعَ بالمُسمَّى لها ، فإن خالَعتْ به أو بما دونَه ، لَزِمَ السَّيِّدَ ، وإن كان بأكثرَ منه تعلَّقتِ الزِّيادةُ بذِمَّتِها ، كما لو عيَّنَ لها قدرًا فخالعَتْ بأكثرَ منه . وإن كانت مأذونًا لها فى التِّجارةِ ، سَلَّمَتِ العِوَضَ مِمَّا فى يدِها .

١٧٧/٧و **فصل** : والحُكْمُ فى المُكاتَبَةِ / ، كالحُكْمِ فى الأمَةِ القِنِّ سَواءً ؛ لأنَّها لا تَمْلِكُ التَّصرُّفَ فيما فى يدِها بتَبَرُّعٍ ، وما لا حَظَّ فيه ، وبَذْلُ المالِ فى الخُلْعِ لا فائدةَ فيه من حيثُ تحْصيلُ المالِ ، بل فيه ضَرَرٌ بسُقوطِ نَفقَتِها ، وبعضِ مَهْرِها إن كانتْ غيرَ مَدْخولٍ بها . وإذا كان الخُلْعُ بغيرِ إذنِ السَّيِّدِ ، فالعِوَضُ فى ذِمَّتِها ، يَتبعُها به بعدَ العِتْقِ ، وإن كان بإذْنِ السَّيِّدِ ، سَلَّمَتْه[٧] مِمَّا فى يَدِها ، وإن لم يكُنْ فى يَدِها شىءٌ ، فهو على سَيِّدِها .

فصل : ويَصِحُّ خُلْعُ المَحْجورِ عليها لفَلَسٍ ، وبَذْلُها للعِوَضِ صحيحٌ ؛ لأنَّ لها ذِمَّةً يَصِحُّ تَصرُّفُها فيها ، ويَرْجِعُ عليها بالعِوَضِ إذا أيْسَرتْ وفُكَّ الحَجْرُ عنها ، وليس له

---

(٥) سقط من : ا .

(٦) فى ا : « اختياره » .

(٧) فى ب ، م : « سلمه » .

مُطالَبتُها فى حالِ حَجْرِها ، كما لو اسْتدانَتْ منه ، أو باعَها شيئًا فى ذِمَّتِها .

فصل : فأمَّا المَحْجورُ عليها لسَفَهٍ ، أو صِغَرٍ ، أو جُنُونٍ ، فلا يَصحُّ بَذْلُ العِوَضِ منها فى الخُلْعِ ؛ لأنَّه تَصرُّفٌ فى المالِ ، وليس هى من أهلِه ، وسواءٌ أذنَ فيه الوَلِىُّ أو لم يأذنْ ؛ لأنَّه ليس له الإِذْنُ فى التَّبرُّعاتِ ، وهذا كالتَّبرُّعِ . وفَارقَ الأَمَةَ ، فإنَّها أهلٌ للتَّصرُّفِ[8] ، ولهذا تَصِحُّ منها الهِبَةُ وغيرُها من التَّصرُّفاتِ بإذْنِه ، ويُفارِقُ المُفْلِسةَ ؛ لأنَّها من أهلِ التَّصرُّفِ . فإن خالَعَ المحجورَ عليها بلفظٍ يكونُ طلاقًا[9] ، فهو طلاقٌ رَجْعِىٌّ ، ولا يَسْتحِقُّ عِوَضًا ، وإن لم يَكُنِ اللَّفظُ مِمَّا يقعُ به الطَّلاقُ ، كان كالخُلْعِ بغيرِ عِوَضٍ . ويَحْتَمِلُ أن لا يقعَ الخُلْعُ هـٰهُنا ؛ لأنَّه إنَّما رَضِىَ به بعِوَضٍ ، ولم يحصُلْ له ، ولا أمْكنَ الرُّجوعُ ببَدَلِه . قال أصحابُنا : وليس لِوَلِىِّ هؤلاءِ المُخالَعَةُ بشىءٍ من مالِهِنَّ ؛ لأنَّه إنَّما يَمْلكُ التَّصرُّفَ بمالَها فيه الحَظُّ ، وهذا لا حَظَّ فيه ، بل فيه إسْقاطُ نَفقتِها ومَسْكنِها وبَذلُ مالِهَا . ويَحْتَمِلُ أنْ يَمْلِكَ ذلك ، إذا رأى الحظَّ فيه ، ويُمْكِنُ أن يكونَ الحَظُّ لها فيه بتَخْليصِها ممَّن يُتْلِفُ مالَهَا ، وتَخافُ منه على نَفْسِها وعقلِها ، ولذلك لم يُعَدَّ بَذْلُ المالِ فى الخُلعِ [10]مِن الرَّشِيدةِ[10] تبذيرًا ولا سَفَهًا ، فيجوزُ له بَذْلُ مالِها لتَحْصيلِ حَظِّها ، وحِفْظِ نفسِها ومالِهَا ، كما يجوزُ بَذْلُه فى مُداواتِها ، وفَكِّها مِنَ الأَسْرِ . وهذا مذهبُ مالكٍ . والأبُ وغيرُه مِن أوليائِها فى هذا سَواءٌ . وإن خالَعَها بشىءٍ من مالِه ، جازَ ؛ لأنَّه يَجوزُ مِنَ الأجْنَبِىِّ ، فمِنَ الوَلِىِّ أوْلَى .

فصل : إذا قال الأبُ : طَلِّقِ ابْنَتِى ، وأنتَ بَرِىءٌ من صَداقِها . فطلَّقَها ، وقعَ الطَّلاقُ رَجْعِيًّا ، ولم يَبْرأْ مِن شىءٍ ، ولم يَرْجعْ على الأبِ ، ولم يَضمنْ له ؛ / لأنَّه أبْرأه ممَّا ليس له الإِبراءُ منه ، فأشْبَهَ الأجْنَبِىَّ . قال القاضى : وقد قال أحمدُ : إنَّه يَرْجعُ على الأبِ . قال : وهذا محمولٌ على أنَّ الزَّوجَ كان جاهلًا بأنَّ إبْراءَ الأبِ لا يَصحُّ ، فكان له

١٧٧/٧ ظ

---

(٨) فى الأصل ، ب ، م : « التصرف » .

(٩) فى الأصل : « طلاقها » .

(١٠ – ١٠) سقط من : ب ، م .

الرُّجوعُ عليه ؛ لأنَّه غرَّه ، فرجعَ عليه ، كما لو غرَّه فزوَّجه مَعِيبَةً ، وإن علمَ أنَّ إبْراءَ الأبِ لا يَصحُّ ، لم يَرجِعْ بشيءٍ ، ويَقعُ الطَّلاقُ رَجْعِيًّا ؛ لأنَّه خَلا عن العِوَضِ . وفى الموضعِ الذى يَرجعُ عليه ، يَقعُ الطَّلاقُ بائنًا ؛ لأنَّه بعِوَضٍ . فإن قال الزَّوجُ : هى طالقٌ إن أبْرَأْتِنِى مِن صَداقِها . فقال : قد أبْرَأْتُك . لم يَقعِ الطَّلاقُ ؛ لأنَّه لا يَبْرأُ . ورُوِىَ عن أحمدَ ، أنَّ الطَّلاقَ واقعٌ . فيَحْتمِلُ أنَّه أوْقعَه إذا قَصَدَ الزَّوجُ تَعْليقَ الطَّلاقِ على مُجرَّدِ التَّلفُّظِ بالإبراءِ ، دونَ حقيقةِ البراءةِ . وإن قال الزَّوجُ : هى طالقٌ إن بَرِئْتُ من صَداقِها . لم يَقَعْ ؛ لأنَّه علَّقَه على شَرْطٍ لم[11] يُوجدْ . وإن قال الأبُ : طلِّقْها على ألِفٍ مِن مالِها ، وعَلَىَّ الدَّرَكُ . فطلَّقَها ، طَلُقَتْ بائنًا ؛ لأنَّه بعِوَضٍ ، وهو ما لَزِمَ الأبَ مِن ضَمانِ الدَّرَكِ ، ولا يَمْلِكُ الألْفَ ؛ لأنَّه ليس له بَذْلُها .

فصل : وإن قال لامرأتَيْه : أنتُما طالقتانِ بألِفٍ إن شئتُما . [12]فقالَتا : قد شِئْنا[12] . وقعَ الطَّلاقُ بهما بائنًا ، ولزِمَهما العِوَضُ بينهما على قَدْرِ مَهْرَيْهِما . وإن شاءتْ إحْداهما دُونَ الأُخْرَى ، لم تَطْلُقْ واحدةٌ منهما ؛ لأنَّه جعلَ مَشِيئَتَهما[13] صفةً فى طَلاقِ كلِّ واحدةٍ منهما . ويُخالِفُ هذا ما لو قال : أنتُما طالقتانِ بألِفٍ . فقَبِلَتْ إحداهما دُونَ الأُخْرَى ، لَزِمَها[14] الطَّلاقُ بعِوَضِه ؛ لأنَّه لم يَجعلْ لطلاقِها[15] شَرْطًا ، وهٰهُنا علَّقَ طلاقَ كلِّ واحدةٍ منهما بمَشيئتِهما جميعًا ، فيَتعلَّقُ الحُكمُ بقولِهما : قد شئنا . لفظًا ؛ لأنَّ[16] ما فى القلبِ لا سبيلَ إلى مَعْرفتِه ، فلو قال الزَّوجُ : ما شِئْتُما وإنَّما قُلْتُما ذلك بألْسِنتِكما . أو قالتا : ما شِئْنا بقُلوبِنا . لم يُقْبَلْ . فإذا ثَبَتَ هذا ، فإنَّ العِوَضَ يَتقَسَّطُ عليهما على قَدْرِ

---

(11) فى ا ، ب ، م : « ولم » .
(12–12) سقط من : الأصل .
(13) فى ب ، م : « ما شئتا » .
(14) فى ب ، م : « لزمه » .
(15) فى ب ، م : « فى طلاقها » .
(16) فى الأصل ، ب ، م : « لأنه » .

مهرِ كلِّ واحدةٍ منهما ، فى الصَّحيحِ مِنَ المذهبِ . وهو قولُ ابنِ حامدٍ ، ومذهبُ أهلِ الرَّأْيِ ، وأحَدُ قَوْلَيِ الشَّافعىِّ . وقال فى الآخرِ : يَلْزَمُ كلَّ واحدةٍ منهما مهرُ مِثْلِها . وعلى قولِ أبى بكرٍ من أصحابِنا ، يكونُ ذلك عليهما نِصْفَيْنِ . وأصلُ هذا فى النِّكاحِ إذا تَزَوَّجَ اثنتَيْنِ بصداقٍ واحدٍ . وقد ذكرناه فى موضعِه(١٧) . فإن كانتْ إحْداهما رَشِيدةً ، والأُخْرَى مَحْجورًا عليها لسَفَهٍ ، فقالَتا : قد شِئْنا / . وقَعَ الطَّلاقُ عليهما ، ووَجَبَ على الرَّشِيدةِ قِسْطُها مِن العِوَضِ ، ووقعَ طَلاقُها بائنًا ، ولا شىءَ على المَحْجُورِ عليها ، ويكونُ طَلاقها رَجْعِيًّا ؛ لأنَّ لها مشيئةً ، ولكنَّ الحَجْرَ مَنَعَ(١٨) صِحَّةَ تَصرُّفِها ونُفوذَه ، ولهذا يَرْجِعُ إلى مَشِيئةِ المَحْجُورِ عليه فى النِّكاحِ ، وفيما تأكُلُه . وكذلك إن كانتْ غيرَ بالغةٍ ، إلَّا أنَّها مُمَيِّزَةٌ ، فإنَّ لها مَشِيئةً صحيحةً ، ولهذا يُخَيَّرُ الغلامُ بينَ أبَوَيْه إذا بلغَ سبعًا . وإنْ كانت إحْداهما مَجْنونةً أو صغيرةً غيرَ مُمَيِّزةٍ ، لم تَصِحَّ المَشِيئةُ منهما ، ولم يَقَعِ الطَّلاقُ . وفى كلِّ موضعٍ حَكَمْنَا بوُقوعِ الطَّلاقِ ، فإنَّ الرَّشِيدةَ يلزمُها قِسْطُها مِنَ العِوَضِ ، (١٩وهو قِسْطُ مَهْرِها مِنَ العِوَضِ١٩) ، فى أَحَدِ الوجهَيْنِ ، وفى الآخَرِ نِصْفُه .

١٧٨/٧ و

وإن قالتْ له امْرأتاه : طلِّقْنا بألْفٍ بيننا نصْفَيْنِ . فطلَّقَهما ، فعلى كلِّ واحدةٍ منهما نصفُه ، وجهًا واحدًا . وإن طلَّقَ إحْداهما وحدَها ، فعليها نصفُ الألْفِ . وإن قالتا : طلِّقْنا بألْفٍ . فطلَّقَهما ، فالألْفُ عليهما على قَدْرِ صَداقَيْهما ، فى أصحِّ الوَجْهَيْنِ . وإن طلَّقَ إحْداهما ، فعليها حِصَّتُها منه . وإن كانتْ إحْداهما غيرَ رَشِيدةٍ ، فطَلَّقَهما ، فعلى الرَّشيدةِ حِصَّتُها مِن الألِفِ ، ويَقعُ طلاقُها بائنًا ، وتَطْلُقُ الأُخْرَى طلاقًا رَجْعِيًّا ، ولا شىءَ عليها .

فصل : ويَصِحُّ الخُلْعُ مع الأَجْنَبِىِّ ، بغيرِ إذنِ المرأةِ ، مثل أن يقولَ الأَجْنَبِىُّ للزَّوجِ : طلِّقِ امرأتَك بألْفٍ علىَّ . وهذا قولُ أكثرِ أهلِ العلمِ . وقال أبو ثَوْرٍ : لا يَصِحُّ ؛ لأنَّه سَفَهٌ ،

---

(١٧) تقدم فى صفحة ١٧٥ .

(١٨) فى ب ، م : « مع » .

(١٩ - ١٩) سقط من : الأصل . نقل نظر .

فإنه يَبذُلُ عِوَضًا فى مُقَابلةِ مالا منفعةَ له فيه ، فإنَّ المِلْكَ لا يَحصُلُ له ، فأشبهَ مالو قال : بِعْ عبدَكَ لزيدٍ بألِفٍ علىَّ . ولَنا ، أنَّه بَذْلُ مالٍ فى مُقابلَةِ إسْقاطِ حَقٍّ عن غيرِه ، فصَحَّ ، كما لو قال : أعْتِقْ عبدَكَ ، وعلىَّ ثمنُه . ولأنَّه لو قال : أَلْقِ مَتاعَكَ فى البحرِ وعلىَّ ثمنُه . صَحَّ ، ولَزِمَه ذلك ، مع أنَّه لا يُسْقِطُ حقًّا عن أحدٍ ، فهٰهُنا أوْلَى ؛ ولأنَّه حقٌّ على المرأةِ ، يَجوزُ أن يُسْقِطَه[٢٠] عنها بعِوَضٍ ، فجازَ لغيرِها ، كالدَّيْنِ . وفارقَ البيعَ ، فإنَّه تَمْليكٌ ، فلا يَجوزُ بغيرِ رِضَى مَن ثبَت[٢١] له المِلْكُ . وإن قال : طَلِّقِ امرأتَك بمهرِها ، وأنا ضامِنٌ له . صَحَّ . ويَرجعُ عليه بمهرِها .

فصل : وإنْ قالتْ له امرأتُه : طَلِّقْنِى وضَرَّتى بألِفٍ . فطلَّقَهما ، وقعَ الطَّلاقُ بهما بائنًا ، واستَحقَّ الألفَ على باذِلَتِه ؛ لأنَّ الخُلْعَ مع الأجْنَبِىِّ جائزٌ . وإن طلَّقَ إحْداهما ، فقال القاضى: تَطْلُقُ طلاقًا بائنًا ، / ولزِمَ الباذلةَ بحِصَّتِها مِنَ الألفِ. وهذا مذهبُ الشَّافعىِّ ، إلَّا أنَّ بعضَهم قال :[٢٢] يلزمُها مهرُ مِثْلِ المُطلَّقَةِ . وقياسُ قولِ أصحابِنا ، فيما إذا قالت : طلِّقْنى ثلاثًا بألِفٍ . فطلَّقَها واحدةً ، لم يَلْزَمْها شىءٌ ، ووقَعتْ بها التَّطْليقةُ ، أن لا يَلْزَمَ الباذلةَ هٰهُنا شىءٌ ؛ لأنَّه لم يُجِبْها إلى ما سألَتْ ، فلم يَجِبْ عليها ما بَذلَتْ ، ولأنَّه قد يكونُ غَرَضُها فى بَيْنونتِهما جميعًا منه ، فإذا طلَّقَ إحْداهما ، لم يحصُلْ غَرضُها ، فلا يَلزمُها عِوَضُها .

١٧٨/٧ظ

فصل : وإن قالت : طلِّقْنى بألِفٍ ، على أن تُطَلِّقَ ضَرَّتى ، أو على أنْ لا تُطلِّقَ ضَرَّتى . فالخُلعُ صحيحٌ ، والشَّرطُ والبذلُ لازِمٌ . وقال الشَّافعىُّ : الشَّرطُ والعِوَضُ باطلانِ ، ويَرْجِعُ إلى مهر المِثْلِ ؛ لأنَّ الشَّرطَ سَلَفٌ فى الطَّلاقِ ، والعِوَضُ بعضُه فى مُقابَلَةِ الشَّرْطِ الباطلِ ، فيكونُ الباقى مجهولًا . وقال أبو حنيفةَ : الشَّرْطُ باطلٌ ، والعِوَضُ

---

(٢٠) فى ا ، ب ، م : « يسقط » .

(٢١) فى ا ، ب ، م : « يثبت » .

(٢٢) فى الأصل زيادة : « لا » .

صحيحٌ ؛ لأنَّ العَقْدَ يَسْتقِلُّ بذلك العِوَضِ . ولَنا ، أنَّها بذَلتْ عِوَضًا فى طَلاقِها وطَلاقِ ضَرَّتِها ، فصَحَّ ، كما لو قالتْ : طلِّقْنِى وضَرَّتِى بألِفٍ . فإن لم يَفِ لها بشَرْطِها ، فعليها الأقلُّ مِنَ المُسَمَّى ، أو الألفِ الذى شرطَتْه[23] . ويَحْتمِلُ أن لا يَستحِقَّ شيئًا مِنَ العِوَضِ ؛ لأنَّها إنَّما بذلَتْه بشَرْطٍ لم يُوجدْ ، فلا يَسْتحِقُّه ، كما لو طلَّقَها بغيرِ عِوَضٍ .

١٢٤٣ ـ مسألة ؛ قال : (**وَمَا خَالَعَ الْعَبْدُ بِهِ زَوْجَتَهُ مِنْ شَىْءٍ ، جَازَ . وَهُوَ لِسَيِّدِهِ**)

وجملةُ ذلك أنَّ كلَّ زَوْجٍ صَحَّ طلاقُه ، صَحَّ خُلْعُه ؛ لأنَّه إذا مَلَكَ الطَّلاقَ ، وهو مُجَرَّدُ إسْقاطٍ مِنْ غيرِ تَحْصيلِ شىءٍ ، فَلأنْ يَمْلِكَه مُحَصِّلًا للعِوَضِ أوْلى ، والعبدُ يَمْلِكُ الطَّلاقَ ، فيَمْلِكُ[1] الخُلْعَ ، وكذلك المُكاتَبُ والسَّفِيهُ ، وفى الصَّبِىِّ المُمَيِّزِ وَجْهانِ ، بناءً على صِحَّةِ طلاقِه . ومن لا يَصِحُّ طلاقُه ، كالطِّفْلِ والمجنونِ ، لا يَصحُّ خُلعُه ؛ لأنَّه ليس من أهلِ التَّصرُّفِ ، فلا حُكْمَ لكلامِه . ومتى خالعَ العبدُ ، كان العِوَضُ لسَيِّده ؛ لأنَّه من اكْتِسَابِه ، واكْتِسابُه لسَيِّدِه ، وسائرُ مَن ذكرنا العِوَضُ لهم . ويَجبُ تسليمُ العِوَضِ إلى سَيِّدِ العبدِ ، ووَلِىِّ المحجورِ عليه ؛ لأنَّ العِوَضَ فى خُلْعِ العبدِ مِلْكٌ لسيِّده ، فلم يَجُزْ تسْليمُه إلى غيرِه إلَّا بإذْنِه ، ووَلِىُّ المَحْجورِ عليه هو الذى يَقبضُ حقوقَه وأمْوالَه ، وهذا مِن حُقوقِه . وأمَّا المُكاتَبُ ، فيُدْفَعُ العِوَضُ إليه ؛ لأنَّه هو الذى يَتصرَّفُ لنفسه . وقال القاضى : يَصِحُّ قَبْضُ العبدِ والمَحْجورِ عليه العِوَضَ ؛ لأنَّ مَن صَحَّ خُلْعُه / ، صَحَّ قَبضُه للعِوَضِ ، كالمَحْجورِ عليه لفَلَسٍ . واحتجَّ بقولِ أحمدَ : ما ملَكَه العبدُ مِن خُلْعٍ فهو لسيِّده ، وإن استْهلَكَه لم يَرجعْ على الواهبِ والمُخْتَلعةِ بشىءٍ ، والمَحْجورُ عليه فى معنى العبدِ . والأوْلَى أن لا يَجوزَ ؛ لأنَّ العِوَضَ فى الخُلْعِ لِسيِّدِ العبدِ ، فلا يَجوزُ دفعُه إلى غيرِ مَنْ هو له بغيرِ إذْنِ مالكِه ، والعِوَضُ فى خُلعِ المَحْجورِ عليه مِلكٌ له ، إلَّا أنَّه لا يَجوزُ تسليمُه إليه ؛ لأنَّ الحَجْرَ أفاد مَنْعَه من التَّصرُّفِ ، وكلامُ أحمدَ يُحْمَلُ على ما إذا أتْلفَه العبدُ قبلَ تسْليمِه إليه ، وعلى أنَّ[2] عَدَمَ الرُّجوعِ عليها

١٧٩/٧ و

---

(٢٣) فى ا : « شرطتها » .

(١) فى ا ، ب ، م : « فملك » .

(٢) سقط من : ا ، ب ، م .

لا يَلْزمُ منه جَوازُ الدَّفْعِ إليه ، فإنَّه لو رجَعَ عليها لَرجعتْ على العبدِ ، وتعلَّقَ حقُّها برقبتِه ، وهى مِلْكٌ للسَّيِّدِ ، فلا فائدةَ فى الرُّجوعِ عليها بما تَرجِعُ به على مالِه . وإن سلَّمتِ[3] العِوَضَ إلى المحْجورِ عليه ، لم تَبْرَأْ ، فإنْ أخذَه الوَلِيُّ منه ، بَرِئَتْ ، وإن أتْلَفه ، أو تَلِفَ ، كان لوَلِيِّه الرُّجوعُ عليها به .

فصل : وقد تَوَقَّفَ أحمدُ فى طلاقِ الأبِ زَوجةَ ابنِه الصَّغيرِ ، وخُلْعِه إيَّاها ، وسأَلَه أبو الصَّقْرِ عن[4] ذلك ، فقال : قد اختُلِفَ فيه . وكأنَّه رآه . قال أبو بكرٍ : لم يَبلُغْنِى فى هذه المسألةِ إلَّا ما رواه أبو الصَّقْرِ ، فيُخرَّجُ على قَوْلين ؛ أحدهما ، يَملكُ ذلك . وهو قولُ عَطاءٍ ، وقَتادةَ ؛ لأنَّ ابنَ عمرَ طلَّقَ على ابنٍ له مَعْتُوهٍ . روَاه الإمامُ أحمد[5] . وعن عبدِ اللهِ ابن عمرٍو ، أنَّ المَعْتُوهَ إذا عَبَثَ بأهلِه ، طلَّقَ عليه وَلِيُّه . قال عمرو بنُ شُعَيْبٍ : وجدنا ذلك فى كتابِ عبدِ اللهِ بنِ عمرٍو[6] . ولأنَّه يَصِحُّ أن يُزوِّجَه ، فصَحَّ أن يُطلِّقَ عليه ، إذا لم يكنْ مُتَّهَمًا ، كالحاكمِ يَفْسَخُ للإعسارِ ، ويُزوِّجُ الصَّغيرَ . والقولُ الآخرُ ، لا يَمْلِكُ ذلك . وهو قولُ أبى حنيفةَ ، والشَّافعىِّ ؛ لأنَّ النَّبىَّ ﷺ قال : « الطَّلَاقُ لِمَنْ أَخَذَ بِالسَّاقِ » . رواه ابنُ مَاجه[7] . وعن عمرَ ، أنَّه قال : إنَّما الطَّلاقُ بيدِ الذى يَحِلُّ له الفَرْجُ[8] . ولأنَّه إسْقاطٌ لحقِّه . فلم يَمْلِكْه ، كالإبْراءِ مِنَ الدَّينِ ، وإسْقاطِ القِصَاصِ ، ولأنَّ طريقَه الشَّهْوةُ ، فلم يَدخُلْ فى الولَايَةِ . والقولُ فى زوجةِ عبدِه الصَّغيرِ ، كالقولِ فى زَوجةِ ابنِه الصَّغيرِ ، لأنَّه فى مَعْناه .

---

(٣) فى ب ، م : « أسلمت » .

(٤) فى الأصل ، ب ، م : « على » .

(٥) لم نجده فى المسند وغيره .

(٦) أخرجه ابن أبى شيبة ، فى : باب ما قالوا فى المجنون والمعتوه ، يجوز لوليه أن يطلق عليه ؟ من كتاب الطلاق . المصنف ٥ / ٣٣ .

(٧) تقدم تخريجه فى : ٤٢١/٩ .

(٨) أخرجه عبد الرزاق ، فى : باب طلاق العبد بيد سيده ، من كتاب الطلاق . المصنف ٧ / ٢٤١ .

١٢٤٤ ــ مسألة ؛ قال : (وَإِذَا خَالَعَتِ الْمَرْأَةُ فِي مَرَضِ مَوْتِهَا بِأَكْثَرَ مِنْ مِيرَاثِهِ مِنْهَا ، فَالْخُلْعُ وَاقِعٌ ، وَلِلْوَرَثَةِ أَنْ يَرْجِعُوا عَلَيْهِ بِالزِّيَادَةِ)

وجملةُ الأمرِ أنَّ المُخالَعَةَ فى المَرَضِ صحيحةٌ ، سواءٌ كان المريضُ الزَّوجَ / أو الزَّوجةَ ، ١٧٩/٧ظ أو هما جميعًا ؛ لأنَّه مُعاوضَةٌ ، فصَحَّ فى المرضِ ، كالبيعِ . ولا نَعلمُ فى هذا خلافًا . ثم إذا خالَعَتْه المريضةُ بميراثِه منها فما دونَه ، صَحَّ ، ولا رجوعَ ، وإن خالَعَتْه بزيادةٍ ، بَطَلَتِ الزِّيادةُ . وهذا قولُ الثَّوريِّ ، وإسحاقَ . وقال أبو حنيفةَ : له العِوَضُ كلُّه ، فإن حابَتْه فمِن الثُّلْثِ ؛ لأنَّه ليس بوارِثٍ لها ، فصَحَّتْ مُحاباتُها له من الثُّلْثِ ، كالأجْنَبِيِّ . وعن مالكٍ كالمذهبَيْنِ . وعنه : يُعتبرُ بخُلْعِ مثلِها . وقال الشَّافعىُّ : إن خالَعتْ بمهرِ مثلِها ، جازَ ، وإن زادَ ، فالزِّيادةُ مِنَ الثُّلْثِ . ولَنا ، على أنَّه لا يُعْتَبَرُ مهرُ المثلِ ، أنَّ خُروجَ البُضْعِ عن[1] مِلْكِ الزَّوجِ غيرُ مُتَقَوَّمٍ بما قدَّمْنا ، واعتبارُ مهرِ المِثْلِ تقويمٌ له . وعلى إبطالِ الزِّيادةِ ، أنَّها مُتَّهمةٌ فى أنَّها قصَدتِ الخُلعَ لتُوَصِّلَ إليه شيئًا مِن مالِها بغيرِ عِوَضٍ ، على وَجْهٍ لم تكُنْ قادرةً عليه وهو وارثٌ لها ، فبطَلَ ، كما لو أوْصَتْ له ، أو أقرَّتْ له ، وأمَّا قَدْرُ الميراثِ ، فلا تُهْمَةَ فيه ، فإنَّها لو لم تُخالِعْهُ لوَرِثَ[2] ميراثَه . وإنْ صَحَّتْ من مَرضِها ذلك ، صَحَّ الخُلْعُ ، وله جميعُ ما خالَعَها به ؛ لأنَّنا تَبيَّنَّا أنَّه ليس بمرضِ الموتِ ، والخُلْعُ فى غيرِ مرضِ الموتِ ، كالخُلْعِ فِى الصِّحَّةِ .

١٢٤٥ ــ مسألة ؛ قال : (وَلَوْ خَالَعَهَا فِي مَرَضِ مَوْتِهِ ، وَأَوْصَى لَهَا بِأَكْثَرَ مِمَّا كَانَتْ تَرِثُ ، فَلِلْوَرَثَةِ أَنْ لَا يُعْطُوهَا أَكْثَرَ مِنْ مِيرَاثِهَا)

أمَّا خُلْعُه لزوجتِه ، فلا إشْكالَ فى صِحَّتِه ، سواءٌ كان بمهرِ مِثْلِها ، أو أكثرَ ، أو أقلَّ ، ولا يُعتبرُ مِنَ الثُّلثِ ؛ لأنَّه لو طَلَّقَ بغيرِ عِوَضٍ لَصَحَّ ، فلأنْ يَصِحَّ بعِوَضٍ أَوْلَى ، ولأنَّ الوَرَثةَ لا يُفوتُهم بخُلْعِه شىءٌ ، فإنَّه لو ماتَ وله امرأةٌ ، لَبانت بموتِه ، ولم تَنْتقِلْ إلى ورثتِه .

---

(١) فى ا ، ب ، م : « من » .

(٢) فى الأصل : « ورث » .

فأمَّا إن أوْصَى لها بمثلِ مِيراثِها ، أو أقلَّ ، صَحَّ ؛ لأنَّه لا تُهْمَةَ فى أنَّه أبانَها ليُعطِيَها ذلك ، فإنَّه لو لم يُبِنْها لأخذَتْه بميراثِها . وإنْ أوْصَى لها بزيادةٍ عليه ، فللورثَةِ مَنْعُها ذلك ؛ لأنَّه اتُّهِمَ فى أنَّه قصدَ إيصالَ ذلك إليها ، لأنَّه لم يكُنْ له سبيلٌ إلى إيصالِه إليها وهى فى حِبَالِه ، فطَلَّقَها ليُوصِلَ ذلك إليها ، فمُنِعَ منه[1] ، كما لو أوْصَى لوارثٍ .

فصل : وإذا خَالَعَ امرأتَه على نفقةِ عِدَّتِها ، فحُكِىَ عن أحمدَ ، وأبى حنيفةَ ، أنَّه يَجوزُ ذلك . وهذا إنَّما يُخَرَّجُ على أصْلِ[2] أحمدَ إذا كانت حاملًا ، أمَّا غيرُ الحاملِ فلا نَفَقَةَ لها عليه ، فلا تَصحُّ عِوَضًا . وقال الشَّافعىُّ : لا تَصحُّ النَّفقةُ عِوَضًا ، فإن خالَعَها به وَجَبَ مهرُ المِثْلِ ؛ لأنَّ النَّفقةَ / لم تَجِبْ ، فلا يَصحُّ الخُلْعُ عليها[3] ، كما لو خالَعَها على عِوَضٍ ما يُتْلِفُه عليها . ولَنا ، أنَّها إحْدَى النَّفقتَيْنِ ، فصَحَّتِ المُخالعةُ عليها ، كنَفَقةِ الصَّبِىِّ فيما إذا خالعَتْه على كَفَالةِ ولدِه وقتًا معلومًا . وقولُهم : إنَّها لم تَجِبْ . ممنوعٌ ؛ فإنَّه قد قِيلَ : إنَّ النَّفقةَ تَجبُ بالعَقْدِ ، ثم إنَّها إن لم تَجِبْ ، فقد وُجِدَ سببُ وُجوبِها ، كنَفَقَةِ الصَّبِىِّ ، بخلافِ عِوَضٍ ما يُتْلِفُه .

١٨٠/٧و

١٢٤٦ – مسألة ؛ قال : (وَلَوْ خَالَعَتْهُ بِمُحَرَّمٍ ، وَهُمَا كَافِرَانِ ، فَقَبَضَهُ ، ثُمَّ أَسْلَمَا ، أَوْ أَحَدُهُمَا ، لَمْ[1] يَرْجِعْ عَلَيْهَا بِشَىْءٍ)

وجملةُ ذلك أنَّ الخُلْعَ مِنَ الكُفَّارِ جائزٌ ، سواءٌ كانوا أهلَ الذِّمَّةِ أو أهلَ حربٍ ؛ لأنَّ كلَّ مَن مَلَكَ الطَّلاقَ ، مَلَكَ المُعاوَضةَ عليه ، كالمُسْلِمِ ، فإن تخالَعا[2] بعِوَضٍ صحيحٍ ، ثم أسْلَما أو تَرافعا[3] إلى الحاكمِ ، أمْضَى ذلك بينهما[4] كالمُسْلِمَيْنِ ، وإن

---

(١) سقط من : ا .
(٢) فى ا ، ب ، م : « أصلى » .
(٣) سقط من : ب ، م .

(١) فى ب ، م : « لا » .
(٢) فى ب ، م : « خالعها » .
(٣) فى ا ، ب ، م : « وترافعا » .
(٤) فى ب ، م : « عليهما » .

كان بمُحَرَّمٍ كخمرٍ وخِنْزِيرٍ فقَبَضَه، ثم أَسْلَما ، أو تَرافعا[٥] إلينا، أو أَسْلَمَ أحدُهما [٦]مَضَى ذلك[٦] عليهما ، ولم يُعَوَّضْ له ، ولم يَرُدَّه ، ولا يَبْقَى له عليها شيءٌ ، كما لو أصدقَها خمرًا ثم أَسْلَما ، أو تبايَعا خمرًا وتقابَضا[٧] ثم أَسْلَما . وإن كان إسْلامُهما أو ترافعُهما قبلَ القَبْضِ ، لم يُمْضِه الحاكمُ ، ولم يأمُرْ بإقْباضِه ؛ لأَنَّ الخمرَ والخنزيرَ لا يَجوزُ أن يكونَ عِوَضًا لمُسْلِمٍ أو من مسلمٍ، فلا يَأمرُ الحاكمُ بإقْباضِه. قال القاضى، فى « الجامع » : ولا شىءَ له ؛ لأنَّه رَضِىَ منها بما ليس بمالٍ ، كالمسلمَيْنِ إذا تخالَعا بخمرٍ . وقال ، فى « المُجَرَّدِ » : يَجبُ مهرُ المِثْلِ . وهو مذهبُ الشَّافعيِّ ؛ لأَنَّ العِوَضَ فاسدٌ ، فيَرجِعُ إلى قيمةِ المُتْلَفِ ، وهو مهرُ المثلِ . وكلامُ الخِرَقِيِّ يَدُلُّ بمفهومِه على أنَّه يَجبُ له[٨] شىءٌ ؛ لأنَّ تخْصيصَه حالةَ القَبْضِ بنَفْى الرُّجوعِ ، يَدُلُّ على الرُّجوعِ مع عَدَمِ القَبْضِ ، والفرقُ بينه وبينَ المُسْلِمِ ، أنَّ المسلمَ لَا يَعْتقِدُ الخمرَ والخنزيرَ مالًا ، فإذا رَضِىَ به عِوَضًا ، فقد رَضِىَ بالخُلعِ بغيرِ مالٍ ، فلم يكُنْ له شىءٌ ، والمُشْرِكُ يَعْتقدُه مالًا ، فلم يَرْضَ بالخُلْعِ[٩] بغيرِ عِوَضٍ ، فيكونُ العوضُ واجبًا له[١٠] ، كما لو خالعَها على حُرٍّ يَظُنُّه عبدًا ، أو خَمْرٍ[١١] يَظُنُّه خَلًّا . إذا ثبَتَ أنَّه يَجبُ له عِوَضٌ[١٢] ، فذكَرَ القاضى أنَّه مهرُ المِثْلِ ، كما لو تَزوَّجَها على خمرٍ ثم أَسْلَما . وعلى ما عَلَّلْنا به يَقْتضِى وُجوبَ قيمةِ ما سَمَّى لها ، على تَقديرِ كَوْنِه مالًا ، فإنَّه رَضِىَ بِمَالِيَّةِ ذلك ، فيكونُ له قَدْرُه من المالِ ، كما لو خالَعَها على خمرٍ يَظُنُّه خَلًّا . وإن حصَلَ القَبْضُ فى بعضِه دونَ بعضٍ ، سقطَ ما قَبَضَ ، وفيما / لم يَقْبِضْ الوجوهُ الثَّلاثةُ . والأصلُ فيه قولُ اللهِ تعالى : ﴿ وَذَرُوا۟ مَا بَقِىَ مِنَ ٱلرِّبَوٰٓا۟ إِن كُنتُم مُّؤْمِنِينَ ﴾[١٣] . ٧/١٨٠ظ

---

(٥) فى ب ، م : « وترافعا » .

(٦-٦) فى ب ، م : « أمضى » .

(٧) فى الأصل ، ب ، م : « أو تقابضا » .

(٨) سقط من : الأصل .

(٩) فى الأصل : « الخلع » .

(١٠) سقط من : ب ، م .

(١١) فى النسخ : « خمرا » .

(١٢) فى ب ، م : « العوض » .

(١٣) سورة البقرة ٢٧٨ .

فصل : ويَصحُّ التَّوكيلُ فى الخُلْعِ، مِن كلِّ واحدٍ مِنَ الزَّوجيْنِ، ومِن أحدِهما مُنْفرِدًا. وكلُّ مَنْ صَحَّ أن يَتَصرَّفَ بالخُلعِ لنفسِه ، جازَ توكيلُه ووكالتُه ؛ حُرًّا كان أو عبدًا ، ذكرًا أو أُنْثَى ، مسلمًا أو كافرًا ، محجورًا عليه أو رَشِيدًا ؛ لأنَّ كلَّ واحدٍ منهم يَجوزُ أن يُوجِبَ الخُلعَ ، فصَحَّ أن يكونَ وكيلًا ومُوكِّلًا فيه ، كالحُرِّ الرَّشيدِ . وهذا مذهبُ الشَّافعيِّ ، وأصْحابِ الرَّأْيِ ، ولا أعلمُ فيه خلافًا . ويكونُ تَوْكيلُ المرأةِ فى ثلاثةِ أشياءَ ؛ اسْتِدْعاءُ الخُلْعِ أو الطَّلاقِ ، وتقديرُ العِوَضِ ، وتسليمُه . وتوكيلُ الرَّجُلِ فى ثلاثةِ أشياءَ ؛ شرطُ العِوَضِ ، وقَبْضُه ، وإيقاعُ الطَّلاقِ أو الخُلْعِ . ويَجوزُ التَّوكيلُ مَعَ تقديرِ العِوَضِ ، ومِن غيرِ تقْديرٍ ؛ لأنَّه عَقْدُ مُعاوَضَةٍ ، فصَحَّ كذلك ، كالبيعِ والنِّكاحِ . والمُستَحَبُّ التَّقديرُ ؛ لأنَّه أسْلَمُ من الغَرَرِ ، وأسْهلُ على الوكيلِ ؛ لاسْتِغْنائِه عن الاجتهادِ . فإن وَكَّلَ الزَّوجُ ، لم يَخْلُ مِن حالَيْنِ ؛ أحدُهما ، أن يُقَدِّرَ له العِوَضَ ، فخالعَ به أو بما زادَ ، صَحَّ ، ولَزِمَ المُسَمَّى ؛ لأنَّه فعلَ ما أُمِرَ به ، وإن خالعَ بأقلَّ منه ، ففيه وَجْهانِ ؛ أحدُهما ، لا يَصحُّ الخُلعُ . وهذا اختيارُ ابنِ حامدٍ ، ومذهبُ الشَّافعيِّ ؛ لأنَّه خالفَ مُوَكِّلَه ، فلم يَصِحَّ تَصرُّفُه ، كما لو وكَّلَه فى خُلعِ امرأةٍ فخالعَ أُخْرَى ، ولأنَّه لم يَأْذَنْ[14] له فى الخُلْعِ بهذا العِوَضِ ، فلم يَصحَّ منه ، كالأجْنَبِيِّ . والثَّانى ، يَصحُّ ، ويَرْجِعُ على الوكيلِ بالنَّقصِ[15] . وهذا قولُ أبى بكرٍ ؛ لأنَّ المُخالفةَ فى قَدْرِ العِوَضِ لا تُبطِلُ الخُلْعَ ، كحالةِ الإطلاقِ ، والأوَّلُ أوْلَى . وأمَّا إن خالفَ فى الجنسِ ، مثل أن يأمرَه بالخُلْعِ على دراهمَ ، فخالعَ على عبدٍ ، أو بالعكسِ ، أو يأمُرَه بالخُلْعِ حالًّا ، فخالعَ بعِوَضٍ نَسِيئةً ، فالقياسُ أنَّه لا يَصِحُّ ؛ لأنَّه مُخَالِفٌ لموكِّلِه فى جنسِ العوضِ ، فلم يَصِحَّ تصرُّفُه ، كالوكيلِ فى البيعِ ، ولأنَّ ما خالَعَ به لا يَمْلِكُه الموكِّلُ ، لكَوْنِه لم يَأْذَنْ فيه ، ولا الوكيلُ ؛ لأنَّه لم يُوجَد السَّبَبُ بالنِّسْبةِ إليه . وفَارَقَ المُخالفةَ فى القَدْرِ ؛ لأنَّه أمْكنَ جَبْرُه بالرُّجوعِ بالنَّقصِ على الوكيلِ . وقال القاضى : القياسُ أن يَلْزَمَ الوكيلَ القَدْرُ الذى أُذِنَ فيه ، ويكونَ له ما خالعَ

---

(14) فى الأصل ، ا : « يؤذن » .

(15) فى الأصل : « بالقبض » .

به[١٦] ، قياسًا على المُخالفةِ فى القَدْرِ ، وهذا يَبْطُلُ بالوكيلِ فى البيعِ ، ولأنَّ هذا خُلعٌ لم يأْذَنْ فيه الزَّوجُ ، فلم يَصِحَّ ، كما لو لم يُوَكِّلْه فى شىءٍ ، ولأنَّه يُفْضِى إلى أن يَمْلِكَ عِوَضًا ما ملَّكته / إيَّاه المرأةُ ، ولا قصَدَ هو تَملُّكَه ، وتَنْخلِعُ المرأةُ مِن زوجِها بغيرِ عِوَضٍ لَزِمَها له بغيرِ إذْنِه . وأمَّا المُخالفةُ فى القدْرِ ، فلا يَلْزَمُ فيها ذلك ، مع أنَّ الصَّحيحَ أنَّه لا يَصِحُّ الخُلْعُ فيها أيضا ، لما قدَّمناه . الحالُ الثَّانى ، إذا أطْلَقَ الوكالةَ ، فإنَّه يَقْتضِى الخُلْعَ بمَهْرِها المُسمَّى حالًّا مِن جِنْسِ نَقْدِ البلدِ ، فإن خالعَ بذلك فما زاد ، صَحَّ ؛ لأنَّه زادَه خيرًا ، وإن خالعَ بدُونِه ، ففيه الوَجْهانِ المذكورانِ فيما إذا قَدَّرَ له العِوَضَ فخالَعَ بدُونِه . وذكر القاضى احْتمالَيْنِ آخرَيْنِ ؛ أحدُهما ، أن يَسْقُطَ المُسمَّى ، ويَجبَ مهرُ المِثْلِ ؛ لأنَّه خالَعَ بما لم يُؤْذَنْ له فيه . والثَّانى ، أن يتَخيَّرَ الزَّوجُ بين قَبولِ العِوَضِ ناقصًا ولا رَجْعةَ له ، وبينَ رَدِّه وله الرَّجعةُ . وإن خالعَ بغيرِ نَقْدِ البلدِ ، فحُكْمُه حُكْمُ مالو عَيَّنَ له عِوَضًا فخالَعَ بغيرِ جنسِه . وإن خالعَ الوكيلُ بما ليس بمالٍ ، كالخمرِ والخِنْزيرِ ، لم يَصِحَّ الخُلعُ ، ولم يَقَعِ الطَّلاقُ ؛ لأنَّه غيرُ مأذونٍ له فيه ، إنَّما أُذِنَ له فى الخُلْعِ ، وهو إبانةُ المرأةِ بعِوَضٍ ، وما أتَى به ، وإنَّما أتَى بطَلاقٍ غيرِ مَأْذونٍ له فيه . ذكَرَه القاضى ، فى «المُجرَّدِ» . وهو مذهبُ الشَّافعىِّ . وسواءٌ عَيَّنَ له العِوَضَ أو أطلَقَ ، وذكَرَ ، فى « الجامعِ » أنَّ الخُلْعَ يَصِحُّ ، ويَرجعُ على الوَكيلِ بالمُسمَّى ، ولا شىءَ على المرأةِ . هذا إذا قُلْنا : الخُلعُ بلا عِوَضٍ يَصحُّ . وإن قُلْنا : لا يَصحُّ . لم يَصِحَّ إلَّا أن يكونَ بلفظِ الطَّلاقِ ، فيَقَعُ طَلْقةً رجعيَّةً . واحتجَّ بأنَّ وكيلَ الزَّوجةِ[١٧] لو خالَعَ بذلك صَحَّ ، فكذلك وكيلُ الزَّوجِ . وهذا القياسُ غيرُ صحيحٍ ؛ فإنَّ وكيلَ الزَّوجِ يُوقِعُ الطَّلاقَ ، فلا يَصِحُّ أن يُوقِعَه على غيرِ ما أُذِنَ له فيه ، ووكيلُ الزَّوجةِ لا يُوقِعُ ، وإنَّما يَقْبَلُ ، ولأنَّ وكيلَ الزَّوجِ إذا خالَعَ على مُحَرَّمٍ ، فَوَّتَ على مُوَكِّلِه العِوَضَ ، ووكيلُ الزَّوجةِ يُخَلِّصُها منه ، فلا يَلْزَمُ مِنَ الصِّحَّةِ فى موضعٍ يُخَلِّصُ مُوكِّلَه مِن وجوبِ العِوَضِ عليه ، الصِّحَّةُ فى موضعٍ يُفوِّتُه عليه ، ألَا تَرَى أنَّ

١٨١/٧ و

(١٦) سقط من : ب ، م .
(١٧) فى الأصل : « المرأة » .

وكيلَ الزَّوجةِ لو صالحَ بدونِ العِوَضِ الذى قَدَّرَتْه له ، صَحَّ ولزِمَها ، ولو خالعَ وكيلُ الزَّوجِ بدونِ العِوَضِ الذى قَدَّره له ، لم يَلزمْه ، وأمَّا وكيلُ الزَّوجةِ فله حالانِ ؛ أحدُهما ، أن تُقَدِّرَ له العِوَضَ ، فمتى خالعَ به فما دونَ ، صَحَّ ، ولَزِمَها ذلك ؛ لأنَّه زادَها خيرًا ، وإن خالعَ بأكثرَ منه ، صَحَّ ولم تلزَمْها الزِّيادةُ ؛ لأنَّها لم تأْذَنْ فيها ، ولَزِمَ الوكيلَ ، لأنَّه الْتَزمه للزَّوجِ ، فلَزِمَه الضَّمانُ ، كالمُضَارِبِ إذا / اشْتَرى مَن يَعْتِقُ على ربِّ المالِ . وقال القاضى ، فى « المُجرَّدِ » : عليها مَهْرُ مِثْلِها ، ولا شىءَ على وكيلِها ؛ لأنَّه لا يَقْبَلُ العَقْدَ لنفسِه ، إنَّما يَقْبلُه لغيرِه . ولعلَّ هذا مذهبُ الشَّافعىِّ ، والأَوْلَى أنَّه لا يَلزمُها أكثرُ ممَّا بَذَلَتْه ؛ لأنَّها ما الْتَزَمَتْ أكْثَرَ منه ، ولا وُجِدَ منها تَغْرِيرٌ للزَّوجِ ، ولا يَنْبَغِى [18]أن يَجِبَ[18] للزَّوجِ أيضًا أكثرُ ممَّا بذَلَ له الوكيلُ ؛ لأنَّه رَضِىَ بذلك عِوَضًا ، وهو عوضٌ صحيحٌ معلومٌ ، فلم يكُنْ له أكثرُ منه ، كما لو بذَلَتْه المرأةُ . الثَّانى ، أن يُطْلِقَ الوكالةَ ، فيَقتضِى خُلْعَها بمهرِها من جنسِ نَقْدِ البلدِ ، فإن خالَعَها بذلك فما دونَ ، صَحَّ ، ولَزِمَها ، وإن خالعَها بأكثرَ منه ، فهو كما لو خالعَها بأكثرَ مِمَّا قَدَّرَت له ، على ما مضَى مِنَ القَوْلِ فيه .

١٨١/٧ظ

فصل : إذا اخْتلَفا فى الخُلْعِ ، فادَّعاه الزَّوجُ ، وأنْكرَتْه المرأةُ ، بانَتْ بإقْرارِه ، ولم يَستحِقَّ عليها عِوَضًا ؛ لأنَّها مُنْكِرَةٌ ، وعليها اليمينُ ، وإن ادَّعَتْه المرأةُ ، وأنْكرَه الزَّوجُ ، فالقولُ قولُه لذلك ، ولا يَسْتحِقُّ عليها[19] عِوَضًا ؛ لأنَّه لا يَدَّعِيه ، فإن اتَّفقا على الخُلْعِ ، واختلَفا فى قَدْرِ العِوَضِ ، أو جنسِه ، أو حُلولِه ، أو تأْجيلِه ، أو صِفَتِه ، فالقولُ قولُ المرأةِ . حَكاه أبو بكرٍ نصًّا عن أحمدَ . وهو قولُ مالكٍ ، وأبى حنيفةَ . وذكَرَ القاضى روايةً أُخرى عن أحمدَ ، أنَّ القولَ قولُ الزَّوجِ ؛ لأنَّ البُضْعَ يَخْرجُ مِن مِلكِه ، فكان القولُ قولَه فى عِوَضِه ، كالسَّيِّدِ مع مُكاتَبِه[20] . وقال الشَّافعىُّ : يتحالَفانِ لأنَّه اختلافٌ فى عِوَضِ العَقْدِ ، فيتحالَفانِ فيه ، كالمُتبايعَيْنِ إذا اخْتلَفا فى الثَّمنِ . ولَنا ، أنَّه

(١٨ - ١٨) سقط من : الأصل .

(١٩) فى الأصل : « عليه » .

(٢٠) فى الأصل ، ا : « مكاتبه » .

أحدُ نَوْعَيِ الخُلعِ ، فكان القولُ قولَ المرأةِ ، كالطَّلاقِ على مالٍ إذا اخْتلفا فى قَدْرِه ، ولأنَّ المرأةَ مُنكِرَةٌ للزَّائِد[21] فى القَدْرِ أو الصِّفَةِ ، فكان القولُ قولَها ؛ لقولِ النَّبىِّ ﷺ : « الْيَمِينُ عَلَى الْمُدَّعَى عَلَيْهِ »[22] . وأمَّا التَّحالُفُ فى البيعِ ، فيُحتاجُ إليه لفَسْخِ العَقْدِ ، والخُلْعُ فى نفسه فَسْخٌ ، فلا يُفْسَخُ . وإن قال : خالَعْتُكِ بألِفٍ . فقالتْ : إنَّما خالَعَكَ[23] غيرى بألِفٍ فى ذِمَّتِه . بانَتْ ، والقولُ قولُها فى نَفْيِ العِوَضِ عنها ؛ لأنَّها مُنكِرَةٌ له . وإن قالتْ : نعم ، ولكنِ ضَمِنَها لك أبى أو غيرُه . لزِمَها الألفُ ، لإقْرارِها به ، والضَّمانُ لا يُبْرِئُ ذِمَّتَها . وكذلك إن قالتْ : خالعتُكَ على ألِفٍ يَزِنُه لك أبى . لأنَّها اعترفَتْ بالألِفِ ، وادَّعت على أبيها دَعْوَى ، فقُبِلَ قولُها على / نفسِها دونَ غيرِها . وإن قال : سأَلتِنِى طَلْقةً بألِفٍ . فقالتْ : بل سألتُكَ ثلاثًا بألِفٍ ، فطلَّقْتَنِى واحدةً . بانَتْ بإقْرارِه ، والقولُ قولُها فى سُقوطِ العِوَضِ . وعندَ أكثرِ الفقهاءِ ، يَلْزَمُها ثُلْثُ الألْفِ ، بناءً على أصْلِهم فيما إذا قالت : طلِّقْنِى ثلاثًا بألِفٍ . فطلَّقَها واحدةً ، أنَّه يَلْزَمُها ثلثُ الألِفِ . وإن خالعَها على ألِفٍ ، فادَّعَى أنها دنانيرُ ، وقالت : بل هى دَرَاهِمُ . فالقولُ قولُها ؛ لما ذكَرْنا فى أوَّلِ الفصلِ . ولو قال أحدُهما : كانتْ دراهمَ رَاضِيَّةً[24] . وقال الآخرُ : مُطْلَقَةً . فالقولُ قولُها ، إلَّا على الرِّوايةِ التى حكاها القاضى ، فإنَّ القولَ قولُ الزَّوجِ فى هاتيْنِ المسألتَيْنِ . وإن اتَّفقا على الإطْلاقِ لَزِمَها[25] الألفُ مِن غالبِ نَقْدِ البلدِ . وإن اتَّفقا على أنَّهما أرادا دراهمَ رَاضِيَّةً[26] ، لزمَها ما اتَّفقتْ إرادتُهما عليه . وإن

١٨٢/٧ و

(٢١) فى ا ، ب ، م : « للزيادة » .

(٢٢) تقدم تخريجه ، فى : ٦ / ٥٢٥ .

(٢٣) فى ب ، م : « خالعت » .

(٢٤) فى ب ، م : « قراضة » . وكان اسم الراضى بالله أحمد بن المقتدر بالله ، الذى بويع بالخلافة من سنة اثنتين وعشرين وثلاثمائة إلى سنة تسع وعشرين وثلاثمائة على السكة . انظر : النقود العربية وعلم النميات ، للكرملى ٥٨ ، ١٢٥ .

(٢٥) فى ا : « لزمه » . وفى ب ، م : « لزم » .

(٢٦) سقط من : ب ، م .

اخْتلَفا فى الإرادةِ ، كان حُكْمُها حُكْمَ المُطْلَقةِ ، يَرجعُ إلى غالبِ نَقْدِ البلدِ . وقال القاضى : إذا اخْتلَفا فى الإرادةِ ، وجَبَ المهرُ المُسَمَّى فى العَقْدِ ؛ لأنَّ اخْتلافَهما يَجْعلُ البَدَلَ مجهولًا ، فيَجبُ المُسَمَّى فى النِّكاحِ . والأوَّلُ أصَحُّ ؛ لأنَّهما لو أطْلَقا ، لصَحَّتِ التَّسْميةُ ، ووجبَ أَلْفٌ مِن غالبِ نَقْدِ البلدِ ، ولم يكُنْ إطْلاقُهما جَهالةً تَمنعُ صِحَّةَ العِوَضِ ، فكذلك إذا اخْتلَفا ، ولأنَّه يُجيزُ العِوَضَ المجهولَ إذا لم تكُنْ جهالتُه[٢٧] تَزيدُ على جهالةِ مهرِ المِثْلِ ، كعبدٍ مُطْلَقٍ وبعيرٍ وفَرَسٍ ، والجَهالةُ هٰهُنا أقلُّ ، فالصِّحَّةُ أوْلى .

فصل : إذا علَّقَ طلاقَ امرأتِه بصِفَةٍ ، ثم أبانَها بخُلْعٍ أو طلاقٍ ، ثم عادَ فتزوَّجَها ، ووُجدَتِ الصِّفةُ ، طَلُقَتْ . ومثالُه إذا قال : إن كلَّمْتِ أباكِ فأنتِ طالقٌ . ثم أبانَها بخُلْعٍ[٢٨] ، ثم تَزوَّجَها ، فكلَّمتْ أباها ، فإنَّها تَطْلُقُ . نصَّ عليه أحمدُ . فأمَّا إن وُجِدَتِ الصِّفةُ فى حالِ البَيْنُونةِ ، ثم تَزوَّجَها ، ثم وُجِدَتْ مرَّةً أُخرى ، فظاهرُ المذهبِ أنَّها تَطْلُقُ . وعن أحمدَ ما يَدُلُّ على أنها لا تَطْلُقُ . نصَّ عليه فى العِتْقِ ، فى رَجُلٍ قال لعبدِه : أنتَ حُرٌّ إن دخلتَ الدَّارَ . فباعَه ، ثم رجعَ ، يعنى فاشْتراه ، فإن رجعَ وقد دخلَ الدَّارَ لم يَعْتِقْ . وإن لم يكُنْ دخلَ فلا يدْخلُ إذا رجعَ إليه ، فإن دخَل عَتَقَ . فإذا نصَّ فى العِتْقِ على أنَّ الصِّفةَ لا تَعودُ ، وجبَ أن يكونَ فى الطَّلاقِ مثلُه ، بل أوْلَى ؛ لأنَّ العِتْقَ يَتَشَوَّفُ الشَّرعُ / إليه ، ولذلك قال الخِرَقِىُّ : وإذا قال إن تَزوَّجْتُ فلانةَ فهى طالقٌ . لم تَطْلُقْ إن تَزوَّجَها . ولو قال : إن مَلَكْتُ فُلانًا فهو حُرٌّ . فملكَه صار حُرًّا . وهذا اختيارُ أبى الحسنِ التَّمِيمِىِّ . وأكثرُ أهلِ العلمِ يَرونَ أنَّ الصِّفةَ لا تَعودُ إذا أبانَها بطلاقٍ ثلاثٍ ، وإن لم تُوجد الصِّفةُ فى حالِ البَيْنُونةِ . هذا مذهبُ مالكٍ ، وأبى حنيفةَ ، وأحدُ أقوالِ الشَّافعىِّ . قال ابنُ المُنذرِ : أجمعَ كُلُّ مَن نَحفظُ عنه مِن أهلِ العلمِ ، على أنَّ الرَّجلَ إذا قال لزوجتِه : أنت طالقٌ ثلاثًا إن دخلتِ الدَّارَ . فطلَّقَها ثلاثًا ، ثم نَكَحَتْ غيرَه ، ثم نكحَها الحالفُ ، ثم دخلتِ الدَّارَ ، أنَّه لا يَقعُ عليها الطَّلاقُ . وهذا على مذهبِ مالكٍ والشَّافعىِّ

١٨٢/٧ ظ

---

(٢٧) فى الأصل ، ا : « جهالة » .

(٢٨) سقط من : الأصل ، ا .

وأصحابِ الرَّأْيِ ، لأنّ إطلاقَ الملك يَقتضِي ذلك فإنْ أبانَها دونَ الثَّلاثِ فوُجدَتِ الصِّفةُ ، ثم تَزوَّجَها ، انْحلَّتْ يمينُه فى قولِهم ، وإن لم تُوجَد الصِّفةُ فى البَيْنُونةِ ، ثم نكحَها ، لم تَنْحلَّ فى قولِ مالكٍ ، وأصْحابِ الرَّأْيِ ، وأحدِ أقوالِ الشَّافعيِّ . وله قولٌ آخر : لا تَعودُ الصِّفةُ بحالٍ . وهو اخْتيارُ المُزَنِيِّ ، وأبى إسحاقَ ؛ لأنَّ الإيقاعَ وُجِدَ قبلَ النِّكاحِ فلم يَقَعْ ، كما لو علَّقَه بالصِّفةِ قبلَ أن يَتزوَّجَ بها ، فإنَّه لا خلافَ فى أنَّه لو قال لأجْنَبيَّةٍ : أنتِ طالقٌ إذا دخلْتِ الدَّارَ . ثم تَزوَّجَها ، ودخلَتِ الدَّارَ ، لم تَطْلُقْ . وهذا فى معناه . فأمَّا إذا وُجدَتِ الصِّفةُ فى حالِ البَيْنُونةِ ، انْحلَّتِ اليَمِينُ ؛ لأنَّ الشَّرْطَ وُجِدَ فى وقتٍ لا يُمْكِنُ وقوعُ الطَّلاقِ فيه ، فسَقطَتِ اليمينُ ، وإذا انحلَّتْ مرَّةً ، لم يُمْكِنْ عَوْدُها إلَّا بعَقْدٍ جديدٍ . ولَنا ، أنَّ عقدَ الصِّفَةِ ووُقوعَها وُجِدَا فى النِّكاحِ ، فيَقَعُ ، كما لو لم يَتخَلَّلْه بينونةٌ ، أو كما لو بانَتْ بما دُونَ الثَّلاثِ عند مالكٍ ، وأبى حنيفةَ ، ولم تَفعلِ الصِّفةَ . وقولُهم : إنَّ هذا طلاقٌ قبلَ نِكاحٍ . قُلْنا : يَبطُلُ بما إذا لم يُكْمِلِ الثَّلاثَ . وقولُهم : تَنْحلُّ الصِّفةُ بفِعْلِها . قُلْنا : إنَّما تَنْحلُّ بفعلِها على وجهٍ يَحْنَثُ به ؛ وذلك لأنَّ اليَمِينَ حَلٌّ وعُقِدَ ، ثم ثَبَتَ أنَّ عَقْدَها يَفتقرُ إلى المِلْكِ ، فكذلك حَلُّها ، والحِنثُ لا يَحصلُ بفعلِ الصِّفةِ حالَ بَيْنُونتِها ، فلا تَنحلُّ اليمينُ[29] . وأما العِتْقُ ففيه رِوَايتانِ ؛ إحداهما ، أنَّ العِتْقَ كالنِّكاحِ فى أنَّ الصِّفةَ لا تَنحلُّ بوجودِها بعد بيعِه ، فيكونُ كمَسْألتِنا . / والثَّانيةُ ، تَنحلُّ ؛ لأنَّ المِلْكَ الثَّانى لا يَنْبَنِى على الأوَّلِ فى شيءٍ من أحكامِه . وفَارقَ النِّكاحَ ، فإنَّه يُبْنَى على الأوَّلِ فى بعضِ أحكامِه ، وهو عَدَدُ الطَّلاقِ ، فجازَ أن يُبْنَى عليه فى عَوْدِ الصِّفَةِ ، ولأنَّ هذا يفعلُ حِيلَةً على إبطالِ الطَّلاقِ المُعلَّقِ ، والحِيَلُ خِداعٌ لا تُحِلُّ ما حرَّمَ اللهُ ، فإنَّ ابنَ مَاجه[30] وابنَ بَطَّةَ رَوَيا بإسنادِهما ، عن أبى موسى قال : قال رسولُ اللهِ ﷺ :

١٨٣/٧و

---

(٢٩) فى ا زيادة : « له » .

(٣٠) أخرجه ابن ماجه ، فى : باب حدثنا سويد بن سعيد ، من كتاب الطلاق . سنن ابن ماجه ١ / ٦٥٠ .
كما أخرجه البيهقى ، فى : باب ما جاء فى كراهية الطلاق ، من كتاب الخلع والطلاق . السنن الكبرى ٧ / ٣٢٢ ، ٣٢٣ .

« مَا بَالُ أَقْوَامٍ يَلْعَبُوْنَ بِحُدُوْدِ اللهِ ، وَيَسْتَهْزِئُوْنَ بِآيَاتِهِ : قَدْ طَلَّقْتُكِ ، قَدْ رَاجَعْتُكِ ، قَدْ طَلَّقْتُكِ ». وفى لفظٍ رواه ابنُ بَطَّةَ : « خَلَعْتُكِ، وَرَاجَعْتُكِ، طَلَّقْتُكِ، رَاجَعْتُكِ » . ورَوَى بإسْنادِه عن أبى هُرَيْرةَ ، قال : قال رسولُ اللهِ ﷺ : « لَا تَرْتَكِبُوا[٣١] مَا ارْتَكَبَتِ الْيَهُوْدُ ، فَتَسْتَحِلُّوا[٣٢] مَحَارِمَ اللهِ بِأَدْنَى الْحِيَلِ »[٣٣] .

فصل : فإن كانتِ الصِّفةُ لا تَعُودُ بعدَ النِّكاحِ الثَّانى ، مثل إنْ قال : إنْ أكلتِ هذا الرَّغِيفَ فأنتِ طالقٌ ثلاثًا . ثم أبانَها ، فأكلَتْه ، ثم نَكَحَها ، لم يَحْنَثْ[٣٤] ؛ لأنَّ حِنْثَه بوُجودِ الصِّفةِ فى النِّكاحِ الثَّانى ، وما وُجِدَتْ ، ولا يُمكنُ إيقاعُ الطَّلاقِ بأكْلِها له حالَ البَيْنُونةِ ؛ لأنَّ الطَّلاقَ لا يَلحقُ البائنَ . واللهُ تعالى أعلمُ .

---

(٣١) فى الأصل ، ا : « تركبوا » .
(٣٢) فى الأصل ، ا : « فتستحلون » .
(٣٣) تقدم تخريجه فى : ٧ / ٤٨٧ .
(٣٤) فى الأصل : « يحسب » .

كتابُ الطَّلاقِ

الطَّلاقُ: حَلُّ قَيْدِ النِّكاحِ. وهو مشروعٌ، والأصلُ فى مَشْرُوعيَّتِه الكتابُ والسُّنَّةُ والإجماعُ؛ أمَّا الكتابُ فقولُ اللهِ تعالى: ﴿ ٱلطَّلَٰقُ مَرَّتَانِ فَإِمْسَاكٌۢ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌۢ بِإِحْسَٰنٍ ﴾[1]. وقال تعالى: ﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلنَّبِىُّ إِذَا طَلَّقْتُمُ ٱلنِّسَآءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ ﴾[2]. وأمَّا السُّنَّةُ فما رَوَى ابنُ عمرَ، أنَّه طلَّقَ امْرأتَه وهى حائضٌ، فسأَلَ عمرُ رسولَ اللهِ ﷺ عن ذلك، فقال له رسولُ اللهِ ﷺ: «مُرْهُ فَلْيُرَاجِعْهَا، ثُمَّ لِيَتْرُكْهَا حَتَّى تَطْهُرَ، ثُمَّ تَحِيضَ، ثُمَّ تَطْهُرَ، ثُمَّ إِنْ شَاءَ أَمْسَكَ بَعْدُ، وَإِنْ شَاءَ طَلَّقَ قَبْلَ أَنْ يَمَسَّ، فَتِلْكَ الْعِدَّةُ الَّتِى أَمَرَ اللهُ أَنْ يُطَلَّقَ لَهَا النِّسَاءُ». مُتَّفَقٌ عليه[3]. فى آيٍ وأخْبارٍ سِوَى هٰذيْنِ كثيرٍ. وأجمعَ النَّاسُ على جوازِ الطَّلاقِ، والعِبْرَةُ دالَّةٌ على جوازِه، فإنَّه رُبَّما / فَسَدَتِ الحالُ بين الزَّوْجَيْنِ، فيَصيرُ بَقاءُ النِّكاحِ مَفْسدةً مَحْضَةً[4]، وضررًا مجرَّدًا، بإلْزامِ الزَّوجِ النَّفقةَ والسُّكْنَى، وحَبْسِ المرأةِ، مع سُوءِ العِشْرَةِ، والخُصُومةِ الدائمةِ مِن غيرِ فائدةٍ، فاقْتضَى ذلك شَرْعُ ما يُزيلُ النِّكاحَ، لِتزولَ المَفْسدةُ الحاصِلةُ منه.

١٨٣/٧ظ

فصل: والطَّلاقُ على خمسةِ أضْرُبٍ؛ واجبٌ، وهو طلاقُ المُولِى بعدَ التَّرَبُّصِ إذا أَبَى الفَيْئَةَ، وطلاقُ الحَكَمَيْنِ فى الشِّقَاقِ، إذا رأيا ذلك. ومكروهٌ، وهو الطَّلاقُ مِن غيرِ حاجةٍ إليه. وقال القاضى: فيه رِوَايتان؛ إحداهما، أنَّه مُحرَّمٌ؛ لأنَّه ضَرَرٌ بنفسِه وزَوْجتِه، وإعدامٌ للمَصلحةِ الحاصلةِ لهما من غيرِ حاجةٍ إليه، فكان حَرامًا،

---

(١) سورة البقرة ٢٢٩.

(٢) سورة الطلاق ١.

(٣) تقدم تخريجه فى: ١ / ٤٤٤، ويصحح سنن أبى داود إلى: ١ / ٥٠٤.

(٤) فى الأصل: «محضا».

كإتلافِ المالِ ، ولقولِ النَّبىِّ ﷺ : « لَا ضَرَرَ وَلَا ضِرَارَ »[٥] . والثَّانيةُ ، أنَّه مُباحٌ ؛ لقَوْلِ النَّبىِّ ﷺ : « أَبْغَضُ الْحَلَالِ إِلَى اللهِ الطَّلَاقُ » . وفى لفظٍ : « مَا أَحَلَّ اللهُ شَيْئًا أَبْغَضَ إِلَيْهِ مِنَ الطَّلَاقِ » . رواه أبو داودَ[٦] . وإنَّما يكونُ مُبْغَضًا[٧] من غيرِ حاجةٍ إليه ، وقد سمَّاه النَّبىُّ ﷺ حلالًا ، ولأنَّه مُزِيلٌ للنِّكاحِ المُشْتَمِلِ على المصالحِ المَنْدُوبِ إليها ، فيكونُ مكروهًا . والثَّالثُ ، مباحٌ ، وهو عندَ الحاجةِ إليه لسُوءِ خُلُقِ المرأةِ ، وسُوءِ عِشْرَتِها ، والتَّضَرُّرِ بها مِن غيرِ حصولِ الغَرَضِ بها . والرَّابعُ ، مندوبٌ إليه ، وهو عند تَفْرِيطِ المرأةِ فى حُقوقِ اللهِ الواجبةِ عليها ، مثل الصَّلاةِ ونحوِها ، ولا يُمْكِنُه إجْبارُها عليها ، أو تكونُ له امرأةٌ غيرُ عَفِيفةٍ . قال أحمدُ : لا يَنْبغِى له إمْساكُها ؛ وذلك لأنَّ[٨] فيه نَقْصًا لدينِه ، ولا يأْمَنُ إفْسادَها لفِرَاشِه ، وإلْحاقَها به ولدًا ليس هو منه ، ولا بأسَ بعَضْلِها فى هذه الحالِ ، والتَّضييقِ عليها ؛ لتَفتَدِىَ منه ، قال اللهُ تعالى : ﴿ وَلَا تَعْضُلُوهُنَّ لِتَذْهَبُواْ بِبَعْضِ مَآ ءَاتَيْتُمُوهُنَّ إِلَّآ أَن يَأْتِينَ بِفَـٰحِشَةٍ مُّبَيِّنَةٍ ﴾[٩] . ويَحْتَمِلُ أنَّ الطَّلاقَ فى هٰذين الموضعَيْن واجبٌ . ومن المَنْدوبِ إليه الطَّلاقُ فى حالِ الشِّقاقِ ، وفى الحالِ التى تُحْوِجُ[١٠] المرأةَ إلى المُخالَعةِ لتُزِيلَ عنها الضَّرَرَ . وأمَّا المَحْظورُ ، فالطَّلاقُ فى الحَيْضِ ، أو فى طُهْرٍ جامَعَها فيه ، أجْمَعَ العلماءُ فى جميعِ الأمْصارِ وكلِّ الأعْصارِ على تَحْريمِه ، ويُسمَّى طلاقَ البدعةِ ؛ لأنَّ المُطَلِّقَ خالفَ السُّنَّةَ ، وترك أمرَ اللهِ تعالى ورسولِه ﷺ ، قال اللهُ تعالى : ﴿ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ ﴾[١١] . وقال النَّبىُّ ﷺ : « إنْ

---

(٥) فى ا : « إضرار » . وتقدم تخريجه ، فى : ٤ / ١٤٠ .

(٦) فى : باب فى كراهية الطلاق ، من كتاب الطلاق . سنن أبى داود ١ / ٥٠٣ .

كما أخرج ابن ماجه اللفظ الأول ، فى : باب حدثنا سويد بن سعيد ، من كتاب الطلاق . سنن ابن ماجه ١ / ٦٥٠ .

(٧) فى ا ، ب ، م : « مبغوضا » .

(٨) فى ب ، م : « لأنه » .

(٩) سورة النساء ١٩ .

(١٠) فى النسخ : « تخرج » .

(١١) سورة الطلاق ١ .

شَاءَ طَلَّقَ قَبْلَ أَنْ يَمَسَّ ، فَتِلْكَ الْعِدَّةُ الَّتِى أَمَرَ اللهُ أَنْ تُطَلَّقَ لَهَا النِّسَاءُ » . وفى لَفْظٍ رواه الدَّارَقُطْنِىُّ [١٢] ، / بإسْنادِهِ عن ابنِ عمرَ ، أنَّه طَلَّقَ امرأتَه تطليقةً وهى حائضٌ ، ثم أرادَ أن يُتْبِعَها بتَطْلِيقَتَيْنِ آخِرَتَيْنِ عندَ القَرْأَيْنِ . فبلغَ ذلك رسولَ اللهِ ﷺ فقال : « يَا ابْنَ عُمَرَ ، مَا هَكَذَا أَمَرَكَ اللهُ ، إنَّكَ أَخْطَأْتَ السُّنَّةَ ، وَالسُّنَّةُ أَنْ تَسْتَقْبِلَ الطُّهْرَ ، فَتُطَلِّقَ لِكُلِّ قَرْءٍ » . ولأنَّه إذا طلَّقَ فى الحَيْضِ طَوَّلَ العِدَّةَ عليها ؛ فإنَّ الحَيْضَةَ التى طلَّقَ فيها لا تُحْسَبُ مِن عِدَّتِها ، ولا الطُّهْرَ الذى بعدَها عندَ مَنْ يَجْعلُ الأَقْراءَ الحِيَضَ ، وإذا طلَّقَ فى طُهْرٍ أصابَها فيه ، لم يَأْمَنْ أن تكونَ حاملًا ، فيَنْدمَ ، وتكونَ مرتابةً لا تَدْرِى أتعتَدُّ بالحَمْلِ أو الأَقْراءِ ؟

١٨٤/٧ و

١٢٤٧ – مسألة ؛ قال : (وَطَلَاقُ السُّنَّةِ أَنْ يُطَلِّقَهَا طَاهِرًا مِنْ غَيْرِ جِمَاعٍ وَاحِدَةً ، ثُمَّ يَدَعَهَا حَتَّى تَنْقَضِىَ عِدَّتُهَا)

معنى طَلاقِ السُّنَّةِ الطَّلاقُ الذى وافَقَ أمرَ اللهِ تعالى وأَمْرَ رسولِه ﷺ ، فى الآيةِ والخَبَرَيْنِ المذكورَيْنِ ، وهو الطَّلاقُ فى طُهْرٍ لم يُصِبْها فيه ، ثم يَتركُها حتى تَنْقَضِىَ عِدَّتُها . ولا خلافَ فى أنَّه إذا طلَّقَها فى طُهْرٍ لم يُصِبْها فيه ، ثم تركَها حتى تَنْقَضِىَ عِدَّتُها ، أنَّه مُصيبٌ للسُّنَّةِ ، مُطَلِّقٌ للعِدَّةِ التى أمرَ اللهُ تعالى بها . قالَه ابنُ عبدِ البَرِّ ، وابنُ المُنْذِرِ . وقال ابنُ مسعودٍ : طلاقُ السُّنَّةِ أن يُطَلِّقَها مِن غيرِ جِمَاعٍ [١] . وقال فى قوله تعالى : ﴿ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ ﴾ [٢] . قال : طَاهِرًا من غيرِ جِمَاعٍ [١] . ونحوُه عن ابنِ

---

(١٢) فى : كتاب الطلاق والخلع والإيلاء وغيره . سنن الدارقطنى ٤ / ٣١ .
كما أخرجه البيهقى ، فى : باب ما جاء فى إمضاء الطلاق الثلاث وإن كن مجموعات ، من كتاب الخلع والطلاق . السنن الكبرى ٧ / ٣٣٤ .

(١) أخرجه النسائى ، فى : باب طلاق السنة ، من كتاب الطلاق . المجتبى ٦ / ١١٤ . وابن ماجه ، فى : باب طلاق السنة ، من كتاب الطلاق . سنن ابن ماجه ١ / ٦٥١ . والبيهقى ، فى : باب ما جاء فى طلاق السنة وطلاق البدعة ، من كتاب الخلع والطلاق . السنن الكبرى ٧ / ٣٢٥ . وعبد الرزاق ، فى : باب وجه الطلاق وهو طلاق العدة والسنة ، من كتاب الطلاق . المصنف ٦ / ٣٠٣ . وسعيد بن منصور ، فى : كتاب الطلاق . السنن ١ / ٢٦٠ . وابن أبى شيبة ، فى : باب ما قالوا فى طلاق السنة ما ومتى يطلق ، من كتاب الطلاق . المصنف ٥ / ١ . وابن جرير ، فى : تفسير سورة الطلاق آية ١ . تفسير الطبرى ٢٨ / ١٢٩ .

(٢) سورة الطلاق ١ .

عبَّاسٍ[٣] . وفى حديثِ ابنِ عمرَ الذى رَوَيناه : « لِيَتْرُكْهَا حَتَّى تَطْهُرَ ، ثُمَّ تَحِيضَ ، ثُمَّ تَطْهُرَ ، ثُمَّ إِنْ شَاءَ أَمْسَكَ ، وَإِنْ شَاءَ طَلَّقَ قَبْلَ أَنْ يَمَسَّ ، فَتِلْكَ الْعِدَّةُ الَّتِى أَمَرَ اللهُ أَنْ تُطَلَّقَ لَهَا النِّسَاءُ »[٤] . فأمَّا قولُه : ثم يدعَها حتى تنقضِىَ عِدَّتُها . فمَعْناه أنَّه لا يُتْبِعُها طَلاقًا آخرَ قبلَ قَضاءِ عِدَّتِها ، ولو طلَّقَها ثلاثًا فى ثلاثةِ أطهارٍ ، كان حُكْمُ ذلك حُكْمَ جَمْعِ الثَّلاثِ فى طُهْرٍ واحِدٍ . قال أحمدُ : طلاقُ السُّنَّةِ واحدةٌ ، ثم يَترُكُها حتى تَحِيضَ ثلاثَ حِيَضٍ . وكذلك قال مالكٌ ، والأوْزاعِىُّ ، والشَّافعىُّ ، وأبو عُبَيْدٍ . وقال أبو حَنيفةَ ، والثَّوْرِىُّ : السُّنَّةُ[٥] أن يُطَلِّقَها ثلاثًا ، فى كلِّ قَرْءٍ طَلْقةٌ . وهو قولُ سائرِ الكُوفِيِّينَ ، واحتجُّوا بحديثِ ابنِ عمرَ ، حين قال له النَّبِىُّ ﷺ : « رَاجِعْهَا ، ثُمَّ أَمْسِكْهَا حَتَّى تَطْهُرَ ، ثُمَّ تَحِيضَ ، ثُمَّ تَطْهُرَ » . قالوا : وإنَّما أمرَه بإمْساكِها فى هذا الطُّهْرِ ؛ لأنَّه لم يَفْصِلْ بينه وبينَ الطَّلاقِ طُهْرٌ كاملٌ ، فإذا مضَى ومَضَتِ الحَيْضَةُ التى بعدَه ، أمرَه بطَلاقِها ، وقولُه[٦] فى حديثِه الآخرِ : « وَالسُّنَّةُ أَنْ يَسْتَقْبِلَ الطُّهْرَ ، فَيُطَلِّقَ لِكُلِّ / قَرْءٍ »[٧] . ورَوَى النَّسائىُّ[٨] بإسْنادِه عن عبدِ اللهِ ، قال : طلاقُ السُّنَّةِ أن يُطَلِّقَها تطليقةً ، وهى طاهرٌ ، فى غيرِ جِمَاعٍ ، فإذا حاضَتْ وطَهُرَتْ ، طلَّقَها أُخرى ، [٩]فإذا حاضَت وطَهُرَتْ طلَّقَها أُخْرَى[٩] ، ثم تَعْتدُّ بعدَ ذلك بحَيْضَةٍ . ولَنا ، ما رُوِىَ عن عَلِىٍّ ، رَضِىَ اللهُ عنه ، أنَّه قال : لا يُطلِّقُ أحدٌ للسُّنَّةِ فيَنْدَمُ . رَواه الأثْرَمُ[١٠] . وهذا

١٨٤/٧ظ

---

(٣) أخرجه الدارقطنى ، فى : كتاب الطلاق والخلع والإيلاء وغيره . سنن الدارقطنى ٤ / ١٣ ، ١٤ . وابن جرير فى الموضع السابق .

(٤) تقدم تخريجه فى ١ / ٤٤٤ .

(٥) فى الأصل ، ب ، م : « للسنة » .

(٦) سقطت الواو من الأصل .

(٧) تقدم فى الصفحة السابقة .

(٨) فى : باب طلاق السنة ، من كتاب الطلاق . المجتبى ٦ / ١١٤ .

(٩ - ٩) سقط من : ا .

(١٠) وأخرجه البيهقى ، فى : باب ما جاء فى طلاق السنة وطلاق البدعة ، من كتاب الخلع والطلاق . السنن الكبرى ٧ / ٣٢٥ . وابن أبى شيبة ، فى : باب ما قالوا فى طلاق السنة ، ومتى يطلق ، من كتاب الطلاق . المصنف ٥ / ٣ .

إنَّما يَحصُلُ فى حقِّ مَن لم يُطَلِّقْ ثلاثًا . وقال ابنُ سِيرِينَ : إنّ عليًا ، كرَّم اللهُ وَجْهَه ، قال : لو أنَّ النَّاسَ أخَذُوا بما أمرَ اللهُ مِنَ الطَّلاقِ ، ما يُتبِعُ رجلٌ نفسَه امرأةً أبدًا ، يُطَلِّقُها تطليقةً ، ثم يَدَعُها ما بينها وبينَ أن تَحيضَ ثلاثةً ، فمتى شاءَ راجعَها . رَواه النَّجَّادُ بإسْنادِه[١١] . ورَوَى ابنُ عبدِ البَرِّ ، بإسْنادِه عن ابنِ مسعودٍ ، أنَّه قال : طلاقُ السُّنَّةِ أن يُطَلِّقَها وهى طاهرٌ ، ثم يَدَعَها حتى تَنْقضِيَ عِدَّتُها ، أو يُراجِعَها إن شاءَ[١٢] . فأمَّا حديثُ ابنِ عمرَ الأوَّلُ ، فلا حُجَّةَ لهم فيه ؛ لأنَّه ليس فيه جمعُ الثَّلاثِ ، وأمَّا حديثُه الآخِرُ ، فيَحْتَمِلُ أن يَكونَ ذلك بعد ارْتجاعِها ، ومتى ارْتَجعَ بعدَ الطَّلْقَةِ ثم طلَّقَها ، كان للسُّنَّةِ على كلِّ حالٍ ، حتى قد قال أبو حنيفةَ : لو أمْسَكَها بيَدِه لشهوةٍ ، ثم والَى بينَ الثَّلاثِ ، كان مُصِيبًا للسُّنَّةِ ؛ لأنَّه يكون مُرْتجِعًا لها . والمعنى فيه أنَّه إذا ارْتجعَها ، سقَطَ حُكْمُ الطَّلْقةِ الأُولَى ، فصارتْ كأنَّها لم تُوجَدْ ، ولا غِنَى به عن الطَّلْقَةِ الأُخْرَى إذا احْتاجَ إلى فِرَاقِ امرأتِه ، بخلافِ ما إذا لم يَرْتجِعْها ؛ فإنَّه مُسْتَغْنٍ عنها ، لإفْضائِها إلى مَقْصودِه من إبانتِها ، فافْترَقا ، ولأنَّ ما ذكَرُوه إرْدافُ طلاقٍ من غيرِ ارْتجاعٍ ، فلم يكُنْ للسُّنَّةِ ، كجَمْعِ الثَّلاثِ فى طُهْرٍ واحِدٍ ، وتَحريمُ المرأةِ لا يَزولُ إلَّا بزَوْجٍ وإصابةٍ من غيرِ حاجةٍ ، فلم يكُنْ للسُّنَّةِ ، كجَمْعِ الثَّلاثِ .

فصل : فإن طَلَّقَ للبِدْعةِ ، وهو أن يُطَلِّقَها حائضًا ، أو فى طُهْرٍ أصابَها فيه ، أثِمَ ، ووقعَ طلاقُه . فى قولِ عامَّةِ أهلِ العلمِ . قال ابنُ المنذرِ ، وابنُ عبدِ البَرِّ : لم يُخالِفْ فى ذلك إلَّا أهلُ البِدَعِ والضَّلالِ . وحَكاه أبو نَصْرٍ عن ابنِ عُلَيَّةَ ، وهشامِ بنِ الحَكَمِ ، والشِّيعة قالوا : لا يَقَعُ طلاقُه ؛ لأنَّ اللهَ تعالى أمرَ به فى قُبُلِ العِدَّةِ ، فإذا طلَّقَ فى غيرِه لم يَقَعْ ، كالوكيلِ إذا أوْقعَه فى زمنٍ أمَرَه موكِّلُه بإيقاعِه فى غيرِه . ولَنا ، حديثُ ابنِ عمرَ ، أنَّه طلَّقَ امرأتَه وهى حائضٌ ، فأمَرَه النَّبىُّ ﷺ أن يُراجِعَها . وفى روايةِ الدَّارَقُطْنِىِّ[١٣] قال :

---

(١١) وأخرجه ابن أبى شيبة ، فى : باب ما يستحب من طلاق السنة وكيف هو ، من كتاب الطلاق . المصنف ٥ / ٤ .

(١٢) انظر ما تقدم من حديثى ابن مسعود .

(١٣) فى : كتاب الطلاق والخلع والإيلاء وغيره . سنن الدارقطنى ٤ / ٣١ . =

١٨٥/٧و فقلتُ : يا رسولَ اللهِ ، أفرأيتَ لو أنّى طلَّقْتُها ثلاثًا ، أكانَ يَحِلُّ لى أن / أُراجعَها ؟ قال : « لَا ، كَانَتْ تَبِينُ مِنْكَ ، وَتَكُونُ مَعْصِيَةً » . وقال نافعٌ : وكان عبدُ اللهِ طلَّقَها تطليقةً ، فحُسِبَتْ من طَلاقِه ، وراجعَها كما أمرَه رسولُ اللهِ ﷺ[١٤] . ومن روايةِ يُونُسَ بنِ جُبَيْرٍ ، عن ابنِ عمرَ ، قال : قلتُ لابنِ عمرَ : أفَتُعْتَدُّ عليه ، أو تُحتسَبُ عليه ؟ قال : نعم ، أرأيتَ إن عَجَزَ واسْتَحْمَقَ[١٥] ! وكلُّها أحاديثُ صحاحٌ . ولأنَّه طلاقٌ مِن مُكَلَّفٍ فى مَحَلِّ الطَّلاقِ ، فوقَعَ ، كطلاقِ الحاملِ ، ولأنَّه ليس بقُرْبَةٍ ، فيُعتَبَرُ لوقوعِه مُوافقةُ السُّنَّةِ ، بل هو[١٦] إزالةُ عِصْمَةٍ ، وقَطْعُ مِلْكٍ ، فإيقاعُه فى زمنِ البِدْعةِ أَوْلَى ، تغْليظًا عليه ، وعُقوبةً له ، أمَّا غيرُ الزَّوجِ ، فلا يَمْلِكُ الطَّلاقَ ، والزَّوجُ يَمْلِكُه بمِلْكِه مَحَلَّه .

فصل : ويُسْتحَبُّ أن يُراجعَها ، لأمرِ النَّبىِّ ﷺ بمُراجعتِها ، وأقلُّ أحوالِ الأمرِ الاسْتِحْبابُ ، ولأنَّه بالرَّجْعَةِ يُزِيلُ المعنى الذى حَرَّمَ الطَّلاقَ . ولا يَجبُ ذلك فى ظاهرِ المذهبِ . وهو قولُ الثَّورِىِّ ، والأَوْزَاعِىِّ ، والشَّافعىِّ ، وابنِ أبى لَيْلَى ، وأصْحابِ الرَّأْىِ . وحَكَى ابنُ أبى موسى ، عن أحمدَ ، روايةً أُخْرَى ، أنَّ الرَّجْعةَ تَجبُ . واختارَها . وهو قولُ مالكٍ ، وداودَ ؛ لظاهرِ الأمرِ فى الوجوبِ ، ولأنَّ الرَّجْعةَ تَجرى مَجْرَى اسْتِبْقاءِ

= كما أخرجه البيهقى ، فى : باب ما جاء فى إمضاء الطلاق الثلاث وإن كن مجموعات ، من كتاب الخلع والطلاق . السنن الكبرى ٧ / ٣٣٤ . والإمام أحمد ، فى : المسند ٢ / ٦ .

(١٤) لم نجد هذا اللفظ عن نافع ، وإنما أخرجه مسلم عن سالم ، فى : باب تحريم طلاق الحائض بغير رضاها ... ، من كتاب الطلاق . صحيح مسلم ٢ / ١٠٩٥ . والبيهقى ، عن سالم أيضا ، فى : باب ما جاء فى طلاق السنة وطلاق البدعة ، من كتاب الخلع والطلاق . السنن الكبرى ٧ / ٣٢٤ .

(١٥) فى الأصل ، ب ، م : « واستحق » . وهو استفهام إنكار ، وتقديره : نعم تحتسب ، ولا يمتنع احتسابها لعجزه وحماقته . وأخرجه البخارى ، فى : باب إذا طلقت الحائض تعتد بذلك الطلاق ، من كتاب الطلاق . صحيح البخارى ٧ / ٥٢ ، ٥٣ . ومسلم ، فى : باب تحريم طلاق الحائض بغير رضاها ، من كتاب الطلاق . صحيح مسلم ٢ / ١٠٩٦ ، ١٠٩٧ .

كما أخرجه أبو داود ، فى : باب فى طلاق السنة ، من كتاب الطلاق . سنن أبى داود ١ / ٥٠٤ . والترمذى ، فى : باب ما جاء فى طلاق السنة ، من كتاب الطلاق . عارضة الأحوذى ٥ / ١٢٣ ، ١٢٤ . وابن ماجه ، فى : باب طلاق السنة ، من كتاب الطلاق . سنن ابن ماجه ١ / ٦٥١ .

(١٦) فى ب ، م : « هى » .

النِّكاحِ ، واسْتِبْقاؤُه هٰهُنا واجِبٌ ؛ بدليلِ تحْريمِ الطَّلاقِ ، ولأنَّ الرَّجعةَ إمْساكٌ للزَّوجةِ ، بدليلِ قولِه تعالى : ﴿ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ ﴾[17] . فوَجَبَ ذلك ، كإمْساكِها قبلَ الطَّلاقِ . وقال مالكٌ ، وداودُ : يُجْبَرُ على رَجْعتِها . قال أصحابُ مالكٍ : يُجْبَرُ على رَجْعتِها ما دامتْ فى العِدَّةِ . إلَّا أشْهَبَ ، قال : مالم تَطْهُرْ ، ثم تَحِيضُ ، ثم تَطْهُرُ ؛ لأنَّه لا يَجِبُ عليه إمْساكُها فى تلك الحالِ ، فلا يَجبُ عليه رَجعتُها فيه . ولَنا ، أنَّه طلاقٌ لا يَرْتفعُ بالرَّجْعةِ ، فلم تَجبْ عليه الرَّجعةُ فيه ، كالطَّلاقِ فى طُهْرٍ مَسَّها فيه ، فإنَّهم أجْمعُوا على أنَّ الرَّجعةَ لا تَجبُ . حكاه ابنُ عبدِ البَرِّ عن جميعِ العلماءِ . وما ذكروه مِنَ المعنى يَنْتقِضُ بهذه الصُّورةِ . وأما الأمرُ بالرَّجعةِ فمحمولٌ على الاستحبابِ ؛ لما ذكَرْنا .

فصل : فإن راجعَها ، وجبَ إمْساكُها حتى تَطْهُرَ ، واستُحِبَّ إمْساكُها حتى تَحِيضَ حَيْضَةً أُخْرَى ثم تَطْهُرَ ، على ما أمرَ به النَّبىُّ ﷺ فى حديث ابنِ[18] عمرَ الذى روَيْناه . قال ابنُ عبدِ البَرِّ : ذلك مِن وُجوهٍ عندَ أهلِ العلمِ ؛ منها ، / أنَّ الرَّجعةَ لا تَكادُ تُعلَمُ صِحَّتُها إلا بالوَطْءِ ؛ لأنَّه المُبْتَغَى[19] مِنَ النِّكاحِ ، ولا يحصُلُ الوَطْءُ إلَّا فى الطُّهرِ ، فإذا وَطِئَها حَرُمَ طلاقُها فيه حتى تَحِيضَ ثم تَطْهُرَ ، واعتبرْنا مَظِنَّةَ الوَطْءِ ومَحَلَّه لا حقيقَتَه ، ومنها أنّ الطَّلاقَ كُرِهَ فى الحيضِ لتَطْويلِ العِدَّةِ ، فلو طلَّقَها عَقِيبَ الرَّجعةِ مِنْ غيرِ وَطْءٍ ، كانت فى معنى المُطلَّقَةِ قبلَ الدُّخولِ ، وكانت تَبْنِى على عِدَّتِها ، فأرادَ رسولُ اللهِ ﷺ قَطْعَ حُكْمِ الطَّلاقِ بالوَطْءِ ، واعتبرَ الطُّهْرَ الذى هو موضعُ الوَطْءِ ، فإذا وَطِئَ حَرُمَ طَلاقُها حتى تَحِيضَ ثم تَطْهُرَ ، وقد جاء فى حديثِ عن ابنِ عمرَ ، أنَّ رسولَ اللهِ ﷺ قال : « مُرْهُ أَنْ يُرَاجِعَهَا ، فَإِذَا طَهُرَتْ مَسَّهَا ، حَتَّى إِذَا طَهُرَتْ أُخْرَى ، فَإِنْ شَاءَ طَلَّقَهَا ، وَإِنْ شَاءَ أَمْسَكَهَا » . رَواه ابنُ عبدِ البَرِّ . ومنها ، أنَّه عُوقِبَ على إيقاعِه فى الوقتِ المُحَرَّمِ بِمَنْعِه منه فى الوقتِ الذى يُباحُ له . وذكَر غيرَ هذا . فإن طلَّقَها فى الطُّهرِ

٧/١٨٥ ظ

---

(١٧) سورة البقرة ٢٣١ .

(١٨) سقط من : ب ، م .

(١٩) فى ب ، م : « المبغى » .

الذى يَلِى الحَيْضةَ قبلَ أن يمسَّها ، فهو طلاقُ سُنَّةٍ . وقال أصحابُ مالكٍ : لا يُطَلِّقُها حتى تَطْهُرَ ، ثم تَحِيضَ ، ثم تَطْهُرَ ، على ما جاء فى الحديثِ . ولَنا ، قوله تعالى : ﴿ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ ﴾ . وهذا مُطَلِّقٌ للعِدَّةِ ، فيَدْخلُ فى الأمرِ . وقد رَوَى يُونُسُ ابنُ جُبَيْرٍ ، وسعيدُ بنُ جبيرٍ ، وابنُ سيرِينَ ، وزيدُ بنُ أسْلَمَ ، وأبو الزُّبَيْرِ ، عن ابنِ عمرَ ، أنَّ رسولَ اللهِ ﷺ أمرَه أن يُراجعَها حتى تَطْهُرَ ، ثم إن شاءَ طلَّقَ ، وإن شاءَ أمسكَ . ولم يذكروا تلك الزِّيادةَ . وهو حديثٌ صحيحٌ مُتَّفَقٌ عليه . ولأنَّه طُهْرٌ لم يَمسَّها فيه ، فأشْبَهَ الطُّهْرَ[20] الثَّانِىَ ، وحديثُهم محمولٌ على الاسْتِحْبابِ .

١٢٤٨ – مسألة ؛ قال : (وَلَوْ طَلَّقَهَا ثَلَاثًا فِى طُهْرٍ لَمْ يُصِبْهَا فِيهِ ، كَانَ أَيْضًا لِلسُّنَّةِ ، وَكَانَ تَارِكًا لِلِاخْتِيَارِ)

اخْتلَفتِ الرِّوايةُ عن أحمدَ فى جَمْعِ الثَّلاثِ ؛ فرُوِىَ عنه أنَّه غيرُ مُحَرَّمٍ . اخْتارَه الخِرَقِىُّ . وهو مذهبُ الشَّافعىِّ ، وأبى ثَوْرٍ ، وداودَ . ورُوِىَ ذلك عن الحسنِ بنِ علىٍّ ، وعبدِ الرَّحمنِ بنِ عَوْفٍ ، والشَّعْبِىِّ ؛ لأنَّ عُوَيْمِرَ العَجْلَانِىَّ لمَّا لَاعَنَ امرأتَه ، قال : كذبتُ عليها يا رسولَ اللهِ إنْ أمْسَكْتُها . فطَلَّقها ثلاثًا قبلَ أن يأمُرَه رسولُ اللهِ ﷺ . مُتَّفَقٌ عليه[1] . ولم يُنْقَلْ إنكارُ النَّبِىِّ ﷺ . وعن عائشةَ أنَّ امرأةَ رِفَاعةَ جاءتْ إلى رسولِ

---

(٢٠) سقط من : ب ، م .

(١) أخرجه البخارى ، فى : باب من أجاز طلاق الثلاث لقول الله تعالى : ﴿ الطلاق مرتان ﴾ ، من كتاب الطلاق ، وفى : باب من أظهر الفاحشة ... ، من كتاب الحدود ، وفى : باب ما يكره من التعمق والتنازع فى العلم ... ، من كتاب الاعتصام . صحيح البخارى ٧ / ٥٤ ، ٥٥ ، ٨ / ٢١٧ ، ٩ / ١٢١ . ومسلم ، فى : كتاب اللعان . صحيح مسلم ٢ / ١١٢٩–١١٣٢ .

كما أخرجه أبو داود ، فى : باب فى اللعان ، من كتاب الطلاق . سنن أبى داود ١ / ٥٢٠ . والنسائى ، فى : باب الرخصة فى ذلك ، وباب بدء اللعان ، من كتاب الطلاق . المجتبى ٦ / ١١٧ ، ١٤٠ . والدارمى ، فى : باب فى اللعان ، من كتاب النكاح . سنن الدارمى ٢ / ١٥٠ . والإمام مالك ، فى : باب ما جاء فى اللعان ، من كتاب الطلاق . الموطأ ٢ / ٥٦٦ ، ٥٦٧ . والإمام أحمد ، فى : المسند ٥ / ٣٣١ ، ٣٣٧ .

اللهِ ﷺ ، فقالت : يا رسولَ اللهِ ، إنَّ رِفاعةَ طَلَّقَنِي ، فبَتَّ طَلاقِي . مُتَّفقٌ عليه[٢] . وفى حديثِ فاطمةَ بنتِ قيسٍ ، / أنَّ زَوجَها أرسلَ إليها بثلاثِ تَطْليقاتٍ[٣] . ولأنَّه طلاقٌ جازَ تَفْريقُه ، فجازَ جمعُه ، كطلاقِ النِّسَاءِ . والرِّوايةُ الثَّانيةُ ، أنَّ جَمْعَ الثَّلاثِ طلاقُ بِدْعةٍ ، مُحَرَّمٌ . اختارَها أبو بكرٍ ، وأبو حفصٍ . رُوِىَ ذلك عن عمرَ ، وعَلِىٍّ ، وابنِ مسعودٍ ، وابنِ عبَّاسٍ ، وابنِ عمرَ . وهو قولُ مالكٍ ، وأبى حنيفةَ . قال عَلِىٌّ ، رَضِىَ اللهُ عنه : لا يُطَلِّقُ أحدٌ للسُّنَّةِ فَيَندمُ . وفى روايةٍ قال : يُطَلِّقُها واحدةً ، ثم يَدَعُها ما بينَها وبينَ أن تَحِيضَ ثلاثَ حِيَضٍ ، فمتى شاءَ راجعَها[٤] . وعن عمرَ ، رَضِىَ اللهُ عنه ، أنَّه كان إذا أُتِىَ برجلٍ طلَّقَ ثلاثًا ، أَوْجَعَه ضَرْبًا[٥] . وعن مالكِ بنِ الحارثِ قال : جاء رجلٌ إلى ابنِ عبَّاسٍ فقال : إنَّ عَمِّى طلَّقَ امرأتَه ثلاثًا . فقال : إنَّ عمَّك عصَى اللهَ ، وأطاعَ الشَّيطانَ ، فلم يَجْعلِ اللهُ له مَخْرَجًا[٦] . ووجهُ ذلك قولُ اللهِ تعالى : ﴿ يَـٰٓأَيُّهَا ٱلنَّبِىُّ إِذَا طَلَّقْتُمُ ٱلنِّسَآءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ ﴾ . إلى قوله : ﴿ لَا تَدْرِى لَعَلَّ ٱللَّهَ يُحْدِثُ بَعْدَ ذَٰلِكَ أَمْرًا ﴾[٧] . ثم قال بعد ذلك : ﴿ وَمَن يَتَّقِ ٱللَّهَ يَجْعَل لَّهُۥ مَخْرَجًا ﴾[٨] . ﴿ وَمَن

١٨٦/٧و

---

(٢) تقدم تخريجه فى صفحة ٥٣ .

(٣) تقدم تخريجه فى : ٦ / ٣٠٧ ، ٩ / ٥٦٧ .

(٤) تقدم تخريجهما فى صفحة ٣٢٧ .

(٥) أخرجه البيهقى ، فى : باب ما جاء فى إمضاء الطلاق الثلاث وإن كن مجموعات ، من كتاب الخلع والطلاق . السنن الكبرى ٧ / ٣٣٤ . وعبد الرزاق ، فى : باب المطلق ثلاثا ، من كتاب الطلاق . المصنف ٦ / ٣٩٦ . وسعيد بن منصور ، فى : باب التعدى فى الطلاق ، من كتاب الطلاق . السنن ٣ / ١ / ٢٦٤ .

(٦) أخرجه البيهقى ، فى : باب من جعل الثلاث واحدة وما ورد فى خلاف ذلك ، من كتاب الخلع والطلاق . السنن الكبرى ٧ / ٣٣٧ . وابن أبى شيبة ، فى : من كره أن يطلق الرجل امرأته ثلاثا ... ، من كتاب الطلاق . المصنف ٥ / ١١ . وسعيد بن منصور ، فى : باب التعدى فى الطلاق ، من كتاب الطلاق . السنن ٣ / ١ / ٢٦٢ .

(٧) سورة الطلاق ١ .

(٨) سورة الطلاق ٢ .

يَتَّقِ ٱللَّهَ يَجْعَل لَّهُ مِنْ أَمْرِهِ يُسْرًا ﴾[9] . [10]ومَن جمعَ الثَّلاثَ لم يَبْقَ له أمرٌ يَحْدثُ ، ولا يجْعَلُ اللهُ له مخرجًا ولا مِن أمْرِه يُسْرًا[10] . ورَوى النَّسائىُّ[11] ، بإسْنادِه عن محمودِ بنِ لَبيدٍ قال : أُخْبِرَ رسولُ اللهِ ﷺ عن رجلٍ طلَّقَ امرأتَه ثلاثَ تطليقاتٍ جميعًا ، فغَضِبَ ، ثم قال : « أَيُلْعَبُ بِكِتَابِ اللهِ وَأَنَا بَيْنَ أَظْهُرِكُمْ ؟ » . حتى قامَ رجلٌ فقال : يا رسولَ اللهِ ، ألَا أقْتُلُه . وفى حديثِ ابنِ عمرَ قال : قلتُ : يا رسولَ اللهِ ، أرأيتَ لو طلَّقْتُها ثلاثًا؟ قال : « إِذًا عَصَيْتَ رَبَّكَ ، وَبَانَتْ مِنْكَ امْرَأَتُكَ »[12] . ورَوَى الدَّارَقُطْنِىُّ[13] ، بإسْنادِه عن عَلِىٍّ ، قال : سمعَ النَّبىُّ ﷺ رجلًا طلَّقَ امْرَأتَه[14] أَلْبَتَّةَ ، فغَضِبَ ، وقال : «تَتَّخِذُونَ آيَاتِ اللهِ هُزُوًا ، أَوْ دِينَ اللهِ هُزُوًا أو لَعِبًا[15]؟ مَنْ طَلَّقَ أَلْبَتَّةَ أَلْزَمْنَاهُ ثَلَاثًا ، لَا تَحِلُّ لَهُ حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ » . ولأنَّه تَحْريمٌ للبُضْعِ بقولِ الزَّوجِ من غيرِ حاجةٍ ، فحُرِّمَ كالظِّهَارِ ، بل هذا أوْلَى ؛ لأنَّ الظِّهارَ يَرْتفعُ تحْريمُه بالتَّكفيرِ ، وهذا لا سبيلَ للزَّوجِ إلى رَفْعِه بحالٍ ، ولأنَّه ضَرَرٌ وإضرارٌ بنَفْسِه وبامْرأتِه من غيرِ حاجةٍ ، فيَدْخُلُ فى عُمومِ النَّهْىِ ، ورُبَّما كان وسيلةً إلى عَوْدِه إليها حَرامًا ، أو بحِيلَةٍ لا تُزِيلُ التَّحريمَ ، ووقوعِ النَّدمِ ، وخَسارةِ الدُّنيا والآخرةِ ، فكان أوْلَى بالتَّحريمِ مِنَ الطَّلاقِ فى الحَيْضِ ، الذى ضَرَرُه بَقاؤُها فى العِدَّةِ أيَّامًا يَسِيرةً ، أو الطَّلاقِ فى طُهرٍ مَسَّها فيه ، الذى ضَرَرُه احتمالُ النَّدمِ بظُهورِ الحملِ ؛ فإنَّ ضَرَرَ جَمْعِ الثَّلاثِ يَتضاعفُ على ذلك أضْعافًا كثيرةً ، / فالتَّحْريمُ ثَمَّ تَنْبيهٌ على التَّحريمِ هـٰهُنا ، ولأنَّه قولُ مَن سمَّينا من الصَّحابةِ ، رَوَاه الأثرمُ وغيرُه ، ولم يَصِحَّ عندنا فى عَصْرِهم خِلافُ قولِهم ، فيكونُ ذلك إجماعًا . ١٨٦/٧ظ

(٩) سورة الطلاق ٤ .

(١٠ - ١٠) سقط من : الأصل . نقل نظر .

(١١) فى : باب الثلاث المجموعة وما فيه من التغليظ ، من كتاب الطلاق . المجتبى ٦ / ١١٦ .

(١٢) تقدم تخريجه فى صفحة ٣٢٧ .

(١٣) فى : كتاب الطلاق والخلع والإيلاء وغيره . سنن الدارقطنى ٤ / ٢٠ .

(١٤) سقط من : ا ، ب ، م .

(١٥) فى ا : « ولعبا » .

وأمَّا حديثُ المُتلاعِنَيْنِ فغيرُ لازمٍ ؛ لأنَّ الفُرْقَةَ لم تَقَعْ بالطَّلاقِ ، فإنَّها وقَعتْ بمُجرَّدِ لِعَانِهما . وعندَ الشَّافعيِّ بمُجرَّدِ لِعانِ الزَّوجِ ، فلا حُجَّةَ فيه . ثم إنَّ اللعانَ يُوجِبُ تَحْريمًا مؤبَّدًا ، فالطَّلاقُ بعدَه كالطَّلاقِ بعدَ انْفساخِ النِّكاحِ بالرَّضاعِ أو غيرِه ، ولأنَّ جَمْعَ الثَّلاثِ إنَّما حَرُمَ لما يَعْقُبُه[16] مِنَ النَّدمِ ، ويَحصُلُ به مِنَ الضَّررِ ، ويَفُوتُ عليه مِن حِلِّ نكاحِها ، ولا يَحصُلُ ذلك بالطَّلاقِ بعدَ اللِّعَانِ ، لحُصولِه باللِّعانِ ، وسائرُ الأحاديثِ لم يَقعْ فيها جَمْعُ الثَّلاثِ بينَ يَدَيِ النَّبيِّ ﷺ ، فيكون مُقِرًّا عليه ، ولا حضرَ المُطَلِّقُ عندَ النَّبيِّ ﷺ حين أُخْبِرَ بذلك لِيُنْكِرَ عليه . على أنَّ حديثَ فاطمةَ ، قد جاء فيه أنَّه أرْسلَ إليها بتَطْليقةٍ كانت بَقِيَتْ لها مِن طلاقِها ، وحديثُ امرأةِ رفاعةَ جاء فيه أنَّه طلَّقَها آخِرَ ثلاثِ تَطْليقاتٍ ، مُتَّفقٌ عليه ، فلم يَكُنْ في شيءٍ مِن ذلك جَمْعُ الثَّلاثِ ، ولا خلافَ بين الجميعِ في أنَّ الاخْتِيارَ والأَوْلَى أن يُطَلِّقَ واحدةً ، ثم يَدعَها حتى تَنْقضِيَ عِدَّتُها ، إلَّا ما حَكَيْنا من قولِ مَنْ قال : إنَّه يُطَلِّقُها في كلِّ قَرْءٍ طَلْقةً . والأوَّلُ أوْلَى ؛ فإنَّ في ذلك امْتثالًا لأمرِ اللهِ سبحانه ، ومُوافقةً لقولِ السَّلَفِ ، وأَمْنًا مِنَ النَّدمِ ، فإنَّه متى نَدِمَ راجعَها ، فإن فاتَه ذلك بانْقضاءِ عِدَّتِها ، فله نكاحُها . قال محمدُ بنُ سِيرِينَ : إنَّ عليًّا كرَّمَ اللهُ وجهَه ، قال : لو أنَّ النَّاسَ أخَذُوا بما أمرَ اللهُ مِنَ الطَّلاقِ ، ما يُتْبِعُ رجلٌ نفسَه امرأةً أبدًا ، يُطَلِّقُها تَطْليقةً ثم يَدعُها ، ما بينها وبين أن تَحِيضَ ثلاثًا ، فمتى شاءَ راجعَها . رواه النَّجَّادُ بإسْنادِه[17] . وعن عبدِ اللهِ قال : مَن أرادَ أن يُطَلِّقَ الطَّلاقَ الذى هو الطَّلاقُ ، فليُمْهِلْ ، حتى إذا حاضَتْ ثم طَهُرَتْ ، طلَّقَها تَطْليقةً في غيرِ جِماعٍ ، ثم يَدعُها حتى تَنْقَضِيَ عِدَّتُها[18] ، ولا يُطلِّقْها ثلاثًا وهي حامِلٌ ، فيَجْمَعُ اللهُ عليه نَفقتَها وأجرَ رَضاعِها ، ويُنِدمُه اللهُ ، فلا يَستطيعُ إليها سبيلًا[19] .

---

(16) في الأصل : « يتعقبه » .

(17) تقدم تخريجه في صفحة ٣٢٧ .

(18) سقط من : الأصل .

(19) أخرج ابن أبي شيبة نحوه ، في : باب ما قالوا فيه إذا طلقها وهي حامل ؟ من قال عليه النفقة ، من كتاب الطلاق . المصنف ٥ / ١٥١ .

فصل : وإن طلَّقَ ثلاثًا بكلمةٍ واحدةٍ ، وقعَ الثَّلاثُ ، وحَرُمَتْ عليه حتى تَنْكِحَ زوجًا غيرَه ، لا[٢٠] فرقَ بينَ قبلِ الدُّخولِ وبعدِه . رُوِيَ ذلك عن ابنِ عبَّاسٍ ، وأبي هُرَيْرةَ ، وابن عمرَ ، وعبدِ اللهِ بنِ عمرٍو ، / وابنِ مسعودٍ ، وأنسٍ . وهو قولُ أكثرِ أهلِ العلمِ مِنَ التَّابعِينَ والأئمةِ بعدَهم . وكان عطاءٌ ، وطاوسٌ ، وسعيدُ بنُ جُبَيْرٍ ، وأبو الشَّعْثاءِ[٢١] ، وعمرُو بنُ دينارٍ ، يقولون : مَن طلَّقَ البِكْرَ ثلاثةً فهى واحدةٌ . وَرَوَى طاوسٌ عنِ ابنِ عبَّاسٍ ، قال : كان الطَّلاقُ على عهدِ رسولِ اللهِ ﷺ وأبى بكرٍ وسنَتَينِ مِن خلافةِ عمرَ ، طلاقُ الثَّلاثِ واحدةً . رَوَاه أبو داود[٢٢] . وروىَ سعيدُ بنُ جُبَيرٍ ، وعمرو بنُ دينارٍ ، ومُجَاهِدٌ ، ومالكُ بنُ الحارثِ ، عن ابنِ عبَّاسٍ ، خلافَ روايةِ طَاوُسٍ ، أخْرَجه أيضًا أبو داودَ[٢٣] . وأفْتَى ابنُ عبَّاسٍ بخلافِ ما رَوَاه[٢٤] عنه طاوسٌ . وقد ذكَرْنا حديثَ ابنِ عمرَ : أرأيتَ لو طلَّقْتُها ثلاثًا . ورَوَى الدَّارَقُطْنِيُّ[٢٥] ، بإسْنادِه عن عُبادَةَ بنِ الصَّامتِ ، قال : طلَّقَ بعضُ آبائى امرأتَه ألفًا ، فانْطلَقَ بَنُوه إلى رسولِ اللهِ ﷺ ، فقالوا : يا رسولَ اللهِ ، إنَّ أبانا طلَّقَ أُمَّنا ألفًا ، فهل له مَخْرَجٌ ؟ فقال : « إِنَّ أَبَاكُمْ لَمْ يَتَّقِ اللهَ فَيَجْعَلْ لَهُ مِنْ أَمْرِهِ مَخْرَجًا ، بَانَتْ مِنْهُ بِثَلَاثٍ عَلَى غَيْرِ السُّنَّةِ ، وَتِسْعُمِائَةٍ وَسَبْعَةٌ وَتِسْعُوْنَ إِثْمٌ فِى عُنُقِهِ » . ولأنَّ النِّكاحَ مِلْكٌ يَصِحُّ إزالتُه مُتَفرِّقًا ، فصَحَّ مُجتمِعًا ، كسائرِ الأملاكِ . فأمَّا حديثُ ابنِ عبَّاسٍ ، فقد صحَّتِ الرِّوايةُ عنه بخلافِه ، وأفْتَى أيضًا بخلافِه . قال الأثْرمُ : سألتُ أبا عبدِ اللهِ ، عن حديثِ ابنِ عبَّاسٍ ، بأىِّ شىءٍ تدْفَعُه ؟ فقال : أدْفَعُه بروايةِ النَّاسِ عن ابنِ عبَّاسٍ مِن وُجوهٍ خلافَه . ثم ذكَرَ عن عِدَّةٍ ، عن ابن

١٨٧/٧و

---

(٢٠) فى ب ، م : « ولا » .

(٢١) أبو الشعثاء هو جابر بن زيد الأزدى ، وتقدم فى : ١ / ٣٩ .

(٢٢) فى : باب نسخ المراجعة بعد التطليقات الثلاث ، من كتاب الطلاق . سنن أبى داود ١ / ٥٠٩ .
كما أخرجه مسلم ، فى : باب طلاق الثلاث ، من كتاب الطلاق . صحيح مسلم ٢ / ١٠٩٩ . والإمام أحمد ، فى : المسند ١ / ٣١٤ .

(٢٣) فى : باب نسخ المراجعة بعد التطليقات الثلاث ، من كتاب الطلاق . سنن أبى داود ١ / ٥٠٨ .

(٢٤) فى ا : « روى » .

(٢٥) فى : كتاب الطلاق والخلع والإيلاء وغيره ، سنن الدارقطنى ٤ / ٢٠ .

عبَّاسٍ من وُجوهٍ ، أنَّها ثلاثٌ . وقيل : معنى حديثِ ابنِ عبَّاسٍ ، أنَّ النَّاسَ كانوا يُطَلِّقُونَ واحدةً على عهدِ رسولِ اللهِ ﷺ وأبى بكرٍ ، وإلَّا فلا يَجوزُ أن يُخالفَ عمرُ ما كان فى عهدِ رسولِ اللهِ ﷺ وأبى بكرٍ ، ولا يَسُوغُ لابنِ عبَّاسٍ أن يَرْوِىَ هذا عن رسولِ اللهِ ﷺ ويُفْتِىَ بخلافِه .

فصل : وإن طلَّقَ اثنتَيْنِ فى طُهرٍ واحدٍ[٢٦] ، ثم تركَها حتى انْقَضَتْ عِدَّتُها ، فهو للسُّنَّةِ ؛ لأنَّه لم يُحَرِّمْها على نفسِه ، ولم يَسُدَّ على نفسِه المَخْرَجَ مِنَ النَّدَمِ ، ولكنَّه تركَ الاختيارَ ؛ لأنَّه فَوَّتَ على نفسِه طَلْقةً جعلَها اللهُ له من غيرِ فائدةٍ تحصُلُ بها ، فكان مكروهًا ، كتَضْيِيعِ المالِ .

١٢٤٩ – مسألة ؛ قال : (وَإِذَا قَالَ لَهَا : أَنْتِ طَالِقٌ لِلسُّنَّةِ . وَكَانَتْ حَامِلًا أَوْ طَاهِرًا طُهْرًا[١] لَمْ يُجَامِعْهَا فِيهِ ، فَقَدْ وَقَعَ الطَّلَاقُ ، وَإِنْ كَانَتْ حَائِضًا ، لَزِمَهَا الطَّلَاقُ إِذَا طَهُرَتْ ، وَإِنْ كَانَتْ [٢]طَاهِرًا طُهْرًا[٢] مُجَامَعَةً فِيهِ ، فَإِذَا طَهُرَتْ مِنَ الْحَيْضَةِ الْمُسْتَقْبَلَةِ ، لَزِمَهَا / الطَّلَاقُ)

١٨٧/٧ ظ

وجملةُ ذلك أنَّه إذا قال لامرأتِه : أنتِ طالقٌ للسُّنَّةِ . فَمْعناه فى وَقْتِ السُّنَّةِ ، فإن كانت طاهرًا غيرَ مُجَامَعَةٍ فيه ، فهو وقتُ السُّنَّةِ على[٣] ما أسْلَفْناه ، وكذلك إن كانت حامِلًا . قال ابنُ عبدِ البَرِّ : لا خلافَ بين العلماءِ أنَّ الحَمْلَ[٤] طلاقُها للسُّنَّةِ . وقال أحمدُ : أذهبُ إلى حديثِ سالِمٍ عن أبيه : «ثُمَّ لْيُطَلِّقْهَا طَاهِرًا أو حَامِلًا» . أخْرَجه مسلمٌ وغيرُه[٥] . فأمرَه بالطَّلاقِ فى الطُّهْرِ أو فى الحملِ ، فطلاقُ السُّنَّةِ ما وافقَ الأمرَ ، ولأنَّ مُطَلِّقَ

(٢٦) سقط من : ا ، ب ، م .

(١) سقط من : ا ، ب ، م .

(٢ – ٢) سقط من ا : « طهرا » ، وفى ب ، م : « طاهرة » .

(٣) فى ب ، م : « عن » .

(٤) فى الأصل ، ا : « الحال » .

(٥) تقدم تخريجه فى : ١ / ٤٤٤ .

الحاملِ التى اسْتَبانَ حَمْلُها قد دخلَ على بَصِيرةٍ ، فلا يَخافُ ظُهورَ أمرٍ يَتجدَّدُ به النَّدمُ ، وليست مُرْتابةً ؛ لعَدَمِ اشْتباهِ الأمْرِ عليها ، فإذا قال لها : أنتِ طالقٌ للسُّنَّةِ . فى هاتين الحالتَيْن ، طَلُقَتْ ؛ لأنَّه وَصَفَ الطَّلْقَةَ بصِفَتِها ، فوقَعَتْ[6] فى الحالِ . وإن قال ذلك لحائضٍ ، لم تقَعْ فى الحالِ ؛ لأنَّ طلاقَها طلاقُ بِدْعةٍ . لكنْ إذا طَهُرتْ طَلُقَتْ ؛ لأنَّ الصِّفةَ وُجِدَتْ حينئذٍ ، فصارَ كأنَّه قال : أنتِ طالقٌ فى النَّهارِ . فإن كانت فى النَّهارِ طَلُقَتْ ، وإن كانت فى اللَّيلِ طَلُقَتْ إذا جاءَ النَّهارُ . وإن كانت فى طُهرٍ جامعَها فيه ، لم يَقَعْ حتى تَحِيضَ ثم تَطْهُرَ ؛ لأنَّ الطُّهْرَ الذى جامعَها فيه والحيضَ بعدَه زمانُ بدعةٍ ، فإذا طَهُرَتْ مِنَ الحَيْضةِ المُسْتقبَلَةِ ، طَلُقَتْ حينئذٍ ؛ لأنَّ الصِّفةَ وُجِدَتْ . وهذا كلُّه مذهبُ الشَّافعىِّ ، وأبى حنيفةَ ، ولا أعلمُ فيه مُخالِفًا . فإن أَوْلَجَ فى آخرِ الحَيْضَةِ[7] ، واتَّصلَ بأوَّلِ الطُّهرِ ، أو أَوْلَجَ مع أوَّلِ الطُّهرِ ، لم يَقَعِ الطَّلاقُ فى ذلك الطُّهْرِ ، لكنْ متى جاء طُهْرٌ لم يُجامِعْها فيه ، طَلُقَتْ فى أوَّلِه . وهذا كلُّه مذهبُ الشَّافعىِّ ، ولا أعلمُ فيه مُخالِفًا .

فصل : إذا انْقَطعَ الدَّمُ مِنَ الحَيضِ ، فقد دخلَ زمانُ السُّنَّةِ ، ويَقعُ عليها طلاقُ السُّنَّةِ وإن لم تَغتسلْ . كذلك قال أحمدُ . وهو ظاهرُ كلامِ الْخِرَقِىِّ . وبه قال الشَّافعىُّ . وقال أبو حنيفةَ : إن طَهُرَتْ لأكْثرِ الحَيْضِ مثلَ ذلك ، وإن انقطعَ الدَّمُ لِدُونِ أكْثرِه ، لم يَقَعْ حتى تَغتسلَ ، أو تَتيمَّمَ عندَ عدمِ الماءِ وتُصلِّىَ ، أو يَخْرُجَ عنها وقتُ صلاةٍ ؛ لأنَّه متى لم يُوجَدْ ذلك[8] ، فما حكَمْنا بانْقطاعِ حَيْضِها . ولَنا ، أنَّها طاهرٌ . فوقَعَ بها طلاقُ السُّنَّةِ ، كالتى طَهُرَتْ لأكثرِ الحَيْضِ ؛ والدَّليلُ على أنها طاهرٌ ، أنَّها تُؤْمرُ بالغُسْلِ ، ويَلْزَمُها ذلك ، ويَصِحُّ منها ، وتُؤْمَرُ بالصَّلاةِ ، وتَصِحُّ صلاتُها ، ولأنَّ فى حديثِ ابنِ عمرَ : « فإذَا طَهُرَتْ ، / طَلَّقَها إنْ شاءَ » . وما قالَه غيرُ صحيحٍ ، فإنَّنا لو لم نَحْكُمْ بالطُّهرِ ، لمَا أمَرْناها بالغُسْلِ ، ولا صَحَّ منها . ١٨٨/٧و

---

(٦) فى ا : « فطلقت » .

(٧) فى ا ، ب ، م : « الحيض » .

(٨) سقط من : ا ، ب ، م .

١٢٥٠ ـ مسألة ؛ قال : (**وَلَوْ قَالَ لَهَا : أَنْتِ طَالِقٌ لِلْبِدْعَةِ . وَهِيَ فِي طُهْرٍ لَمْ يُصِبْهَا فِيهِ ، لَمْ تَطْلُقْ حَتَّى يُصِيبَهَا أَوْ تَحِيضَ**)

هذه المسألةُ عكسُ تلك ؛ فإنَّه وصفَ الطَّلْقةَ بأنَّها لِلبدْعةِ ، إن قال ذلك لحائضٍ أو طاهرٍ مُجَامَعَةٍ فيه ، وقعَ الطَّلاقُ فى الحالِ ؛ لأنَّه وصَفَ الطَّلْقةَ بصِفَتِها . وإن كانت فى طُهْرٍ لم يُصِبْها فيه ، لم يَقعْ فى الحالِ ، فإذا حاضتْ طَلُقَتْ بأوَّلِ جُزْءٍ مِنَ الحَيْضِ ، وإن أصابَها طَلُقَتْ بالْتقاءِ الخِتَانَيْنِ ، فإن نَزَعَ مِن غيرِ تَوقُّفٍ ، فلا شىءَ عليهما[1] ، وإن أَوْلَجَ بعدَ النَّزْعِ ، فقد وَطِئَ مُطلَّقَتَه ، ويأتى بيانُ حُكْمِ ذلك . وإن أصابَها ، واسْتدامَ ذلك ، فسنذْكُرُها أيضًا إن شاءَ اللهُ تعالى فيما بَعْدُ .

فصل : فإن قال لطاهرٍ : أنتِ طالقٌ للبِدْعةِ فى الحالِ . فقد قيل : إنَّ الصِّفةَ تَلْغُو ، ويَقعُ الطَّلاقُ ؛ لأنَّه وصَفَها بما لا تَتَّصِفُ به ، فلَغَتِ الصِّفَةُ دونَ الطَّلاقِ . ويَحْتَمِلُ أن تَطْلُقَ فى الحالِ ثلاثًا ؛ لأنَّ ذلك طَلاقُ بِدْعةٍ ، فانْصرَفَ الوَصْفُ بالبِدْعةِ إليه ، لتَعذُّرِ صِفَةِ البِدْعةِ من الجهةِ الأُخْرَى . وإن قال لحائضٍ : أنتِ طالقٌ للسُّنَّةِ فى الحالِ ، لَغَتِ الصِّفَةَ ، ووقعَ الطَّلاقُ ؛ لأنَّه وصَفَ الطَّلْقةَ بما لا تَتَّصِفُ به . وإن قال : أنتِ طالقٌ ثلاثًا للسُّنَّةِ ، وثلاثًا للبِدْعةِ . طَلُقَتْ ثلاثًا فى الحالِ ، بناءً على ما سنذكُرُه .

فصل : وإن قال : أنتِ طالقٌ ثلاثًا للسُّنَّةِ . فالمنْصوصُ عن أحمدَ ، أنَّها تَطْلُقُ ثلاثًا إن كانت طاهرًا طُهْرًا[2] غيرَ مُجَامَعَةٍ فيه ، وإن كانت حائضًا ، طَلُقَتْ ثلاثًا إذا طَهُرَتْ . وهذا مذهبُ الشَّافعىِّ . وقال القاضى ، وأبو الخَطَّابِ : هذا على الرِّوايةِ التى قال فيها : إنَّ جَمْعَ الثَّلاثِ يكون سُنَّةً ، فأمَّا على الرِّوايةِ الأُخْرَى ، فإذا طَهُرَتْ طَلُقَتْ واحدةً ، وتَطْلُقُ الثَّانيةَ والثَّالثةَ فى نِكاحَيْنِ آخَرَيْنِ ، أو بعد رَجْعتَيْنِ . وقد أنْكرَ أحمدُ هذا ، فقال فى روايةِ مُهَنَّا : إذا قال لامرأتِه : أنتِ طالقٌ ثلاثًا للسُّنَّةِ . قد اخْتلَفُوا فيه ،

---

(١) فى ب ، م : « عليها » .

(٢) سقط من : ا ، ب ، م .

فمنهم مَن يقولُ : يَقَعُ عليها السَّاعةَ واحدةٌ ، فلو راجعَها تَقَعُ عليها تَطْليقةٌ أُخْرَى ، وتكونُ عندَه على أُخْرَى . وما يُعْجِبُنى قولُهم هذا . فيَحْتمِلُ أنَّ أحمدَ أوقعَ الثَّلاثَ ؛ لأنَّ ذلك عندَه سُنَّةٌ ، ويَحْتَمِلُ أنَّه أوْقعَها لوَصْفِه الثَّلاثَ بما لا تَتَّصِفُ به ، فألْغَى الصِّفةَ ، وأوْقعَ / الطَّلاقَ ، كما لو قال لحائضٍ : أنت طالقٌ فى الحالِ للسُّنَّةِ . وقد قال ، فى روايةِ أبى الحارثِ ، ما يَدلُّ على هذا ، قال : يَقَعُ عليها الثَّلاثُ ، ولا معنى لقولِه : للسُّنَّةِ . وقال أبو حنيفة : يقَعُ فى كلِّ قَرْءٍ طَلْقةٌ ، وإن كانت من ذواتِ الأشْهُرِ وقعَ فى كلِّ شهرٍ طلقةٌ . وبَناهُ على أصْلِه فى أنَّ السُّنَّةَ تَفْريقُ الثَّلاثِ على الأطْهارِ ، وقد بَيَّنَّا أنَّ ذلك فى حُكمِ جَمْعِ الثَّلاثِ . وإن[3] قال : أرَدْتُ بقَوْلِى : للسُّنَّةِ إيقاعَ واحدةٍ فى الحالِ ، واثْنَتَيْن فى نكاحَيْنِ آخَرَيْنِ . قُبِلَ منه ، وإن قال : أرَدْتُ أن يقَعَ فى كُلِّ قَرْءٍ طَلْقةٌ . قُبِلَ أيضًا ؛ لأنَّه مذهبُ طائفةٍ من أهلِ العلمِ ، وقد وردَ به الأثرُ ، فلا يَبْعُدُ أن يُريدَه . وقال أصحابُنا : يَدِينُ[4] . وهل يُقبَلُ فى الحُكمِ ؟ على وَجْهينِ ؛ أحدهما ، لا يُقبَلُ ؛ لأنَّ ذلك ليس بسُنَّةٍ . والثانى ، يُقْبَلُ ؛ لما قدَّمْنا . فإن كانت فى زمنِ البِدْعةِ ، فقال : سبَقَ لسانِى إلى (5قَوْلِى : للسُّنَّةِ5) ، ولم أُرِدْه ، وإنَّما أرَدْتُ الإيقاعَ فى الحالِ . وقعَ فى الحالِ ؛ لأنَّه مالكٌ لإيقاعِها ، فإذا اعْترفَ بما يُوقِعُها ، قُبِلَ منه .

فصل : إذا قال : أنتِ طالقٌ ثلاثًا بعضُهنَّ للسُّنَّةِ ، وبعضُهنَّ للبِدْعةِ . طَلُقَتْ فى الحالِ طَلْقتَيْنِ ، وتأخَّرتِ الثَّالثةُ إلى الحالِ[6] الأُخْرَى ؛ لأنَّه سَوَّى بين الحالَينِ ، فاقتضَى الظَّاهرُ أن يكونا سَواءً ، فيقَعُ فى الحالِ طَلْقةٌ ونصفٌ ، ثم يَكْمُلُ النِّصْفُ ؛ لكَوْنِ الطَّلاقِ لا يَتَبَعَّضُ ، فيقَعُ طَلْقتانِ . ويَحْتمِلُ أن تَقعَ طَلْقةٌ ، وتتأخَّرَ اثْنَتانِ إلى الحالِ الأُخْرَى ؛ لأنَّ البَعْضَ يَقَعُ على ما دونَ الكُلِّ ، ويتناولُ القليلَ من ذلك والكثيرَ ، فيقَعُ أقلُّ

(3) فى ا ، ب ، م : « فإن » .
(4) أى يقبل دِينًا .
(5 – 5) فى ب ، م : « قول السنة » .
(6) سقط من : ب ، م .

ما يَقَعُ عليه الاسمُ ؛ لأنَّه اليَقِينُ ، وما زاد لا يَقعُ بالشَّكِّ ، فيتَأخَّرُ إلى الحالِ الأُخْرَى .

فإن قيل : فلم لا يَقَعُ مِن كلِّ طَلْقةٍ بعضُها ، ثم تَكْمُلُ ، فيقَعُ الثَّلاثُ ؟ قُلْنا : متى أمْكنَتِ القِسْمَةُ مِن غيرِ تكْسيرٍ ، وجَبَتِ[7] القِسْمةُ على الصِّحَّةِ . وإن قال : نِصفُهنَّ للسُّنَّةِ ، ونصفُهنَّ للبِدْعةِ . وقعَ فى الحالِ طَلْقتانِ ، وتأخَّرتِ الثَّالثةُ . وإن قال : طَلْقتانِ للسُّنَّةِ ، وواحدةٌ للبِدْعةِ ، أو طَلْقتانِ للبِدْعةِ ، وواحدةٌ للسُّنَّةِ . فهو على ما قال . وإن أطْلَقَ ، ثم قال : نويتُ ذلك . فإن فسَّرَ نِيَّتَه بما يُوقِعُ فى الحالِ طَلْقَتَيْن[8] ، قُبِلَ ؛ لأنَّه مُقْتَضَى الإطلاقِ ، ولأنَّه غيرُ مُتَّهَمٍ فيه . وإن فسَّرها بما يُوقِعُ طَلْقةً واحدةً ، ويُؤخِّرُ اثْنتَيْنِ ، دِينَ فيما بينه وبينَ اللهِ تعالى . وهل يُقبَلُ فى الحُكْمِ ؟ فيه وَجْهان ؛ أظْهرُهما ، أنَّه يُقبَلُ ؛ لأنَّ البعضَ حقيقةٌ فى القليلِ / والكثيرِ ، فما فسَّرَ كلامَه به لا يُخالِفُ الحقيقةَ ، فيَجبُ أن يُقبَلَ . والثانى ، لا يُقبَلُ ؛ لأنَّه فسَّرَ كلامَه بأخَفَّ ممَّا يَلْزمُه حالةَ الإطلاقِ . ومذهبُ الشَّافعىِّ على نحوِ هذا . فإن قال : أنتِ طالقٌ ثلاثًا ، بعضُها للسُّنَّةِ . ولم يَذكُرْ شيئًا آخَرَ ، احْتمَلَ أن تكونَ كالتى قبلَها ؛ لأنَّه يَلْزَمُ مِن ذلك أن يكونَ بعضُها للبِدْعةِ ، فأشْبَهَ ما لو صرَّحَ به . ويَحْتَمِلُ أنَّه[9] لا يقَعُ فى الحالِ إلَّا واحدةٌ ؛ لأنَّه لم يُسَوِّ بين الحالَيْنِ ، والبعضُ لا يَقْتَضِى النِّصْفَ ، فتَقعُ الواحدةُ ؛ لأنَّها[10] اليقينُ ، والزَّائدُ لا يَقَعُ بالشَّكِّ . وكذلك لو قال : بعضُها للسُّنَّةِ وباقِيها للبِدْعةِ ، أو سائرُها للبِدْعةِ .

١٨٩/٧و

فصل : إذا قال : أنتِ طالقٌ إذا قَدِمَ زيدٌ . فقَدِمَ زيدٌ[11] وهى حائضٌ ، طَلُقَتْ للبِدْعةِ ، ولم يَأْثَمْ ؛ لأنَّه لم يَقْصِدْه . وإن قال : أنتِ طالقٌ إذا قَدِمَ زيدٌ للسُّنَّةِ . فقَدم زيدٌ[12] فى زَمانِ السُّنَّةِ ، طَلُقَتْ . وإن قَدِمَ فى زمانِ البِدْعةِ ، لم يَقَعْ ، حتى إذا صارَت إلى

---

(٧) فى ا ، ب ، م : « وجب » .

(٨) فى النسخ : « طلقتان » .

(٩) فى ا : « أن » .

(١٠) فى الأصل : « لأنه » .

(١١) سقط من : ا ، ب ، م .

(١٢) سقط من : ب ، م .

زمانِ السُّنَّةِ وقَعَ ، ويَصيرُ كأنَّه قال حينَ قَدِمَ زيدٌ : أنتِ طالقٌ للسنَّةِ ؛ لأنَّه أوْقعَ الطَّلاقَ بقُدومِ زيدٍ على صِفَةٍ ، فلا يقعُ إلَّا عليها . وإن قال لها : أنتِ طالقٌ للسُّنَّةِ إذا قَدِمَ زيدٌ . قبلَ أن يَدْخُلَ بها ، طَلُقَتْ عند قُدومِه ، حائضًا كانت أو طاهرًا ؛ لأنَّها لا سُنَّةَ لطَلاقِها ولا بِدْعة . وإن قَدِمَ بعدَ دُخولِه بها ، وهى فى[13] طُهْرٍ لم يُصِبْها فيه ، طَلُقَتْ . وإن قَدِمَ فى زمنِ البِدْعةِ ، لم تَطْلُقْ حتى يَجِىءَ زمنُ السُّنَّةِ ؛ لأنَّها صارت مِمَّن لطَلاقِها سُنَّةٌ وبِدْعةٌ . وإن قال لامرأتِه : أنتِ طالقٌ إذا جاءَ رأسُ الشَّهرِ للسُّنَّةِ . فكان رأسُ الشَّهْرِ فى زمانِ السُّنَّةِ ، وقَعَ ، وإلَّا وقَعَ إذا جاءَ زمانُ السُّنَّةِ .

١٢٥١ ـ مسألة ؛ قال : (**وَلَوْ قَالَ لَهَا ، وَهِىَ حَائِضٌ ، وَلَمْ يَدْخُلْ بِهَا : أَنْتِ طَالِقٌ لِلسُّنَّةِ . طَلُقَتْ مِنْ وَقْتِهَا ؛ لِأَنَّهُ لَا سُنَّةَ فِيهِ وَلَا بِدْعَةَ**)

قال ابنُ عبدِ البَرِّ : أجْمَعَ العلماءُ أنَّ طلاقَ السُّنَّةِ إنَّما هو للمَدْخولِ بها ، أمَّا غيرُ المَدْخولِ بها ، فليس لطلاقِها سُنَّةٌ ولا بِدْعةٌ ، إلَّا فى عَدَدِ الطَّلاقِ ، على اخْتلافٍ بينهم فيه ؛ وذلك لأنَّ الطَّلاقَ فى حَقِّ المدخولِ بها إذا كانت من ذَواتِ الأقْرَاءِ إنَّما كان له سُنَّةٌ وبدعةٌ ؛ لأنَّ العِدَّةَ تَطولُ عليها بالطَّلاقِ فى الحَيْضِ ، وتَرْتابُ بالطَّلاقِ فى الطُّهْرِ الذى جامَعَها فيه ، ويَنْتَفِى عنها الأمْرانِ بالطَّلاقِ فى الطُّهْرِ الذى لم يُجامِعْها فيه . أمَّا غيرُ المدخولِ بها ، فلا عِدَّةَ عليها تَنْفِى تَطْويلَها أو الارْتيابَ فيها ، وكذلك / ذَواتُ الأشْهُرِ ؛ كالصَّغيرةِ التى لم تَحِضْ ، والآيِسَاتِ من[1] الْمَحِيضِ لا سُنَّةَ لطلاقِهِنَّ ولا بِدْعةَ ؛ لأنَّ العِدَّةَ لا تَطُولُ بطلاقِها فى حالٍ ، ولا تَحملُ فتَرْتابُ . وكذلك الحامِلُ التى اسْتبانَ حَمْلُها ، فهؤلاءِ كلُّهنَّ ليس لطلاقِهنَّ سُنَّةٌ ولا بِدْعةٌ مِن جهَةِ الوقتِ ، فى قَوْلِ أصحابِنا . وهو مذهبُ الشَّافعىِّ ، وكثيرٍ مِن أهلِ العلمِ . فإذا قالَ لإحْدَى هؤلاءِ : أنتِ طالقٌ للسُّنَّةِ أو للبِدْعةِ . وقَعتِ الطَّلْقةُ فى الحالِ ، ولَغَتِ الصِّفةُ ؛ لأنَّ طلاقَها لا يَتَّصِفُ بذلك ،

١٨٩/٧ ظ

(١٣) سقط من : الأصل ، ب ، م .

(١) سقط من : ا ، ب ، م .

فصار كأنَّه قال : أنتِ طالقٌ . ولم يَزِدْ . وكذلك إن قال : أنتِ طالقٌ للسُّنَّةِ والبِدْعةِ . أو قال : أنتِ طالقٌ لا للسُّنَّةِ ولا للبِدْعةِ . طَلُقَتْ فى الحالِ ؛ لأنَّه وصَفَ الطَّلْقةَ بصِفَتِها . ويَحْتَمِلُ كلامُ الْخِرَقِىِّ أن يكونَ للحاملِ طلاقُ سُنَّةٍ ؛ لأنَّه طلاقٌ أُمِرَ به بقولِه ﷺ : « ثُمَّ لْيُطَلِّقْهَا طَاهِرًا أَوْ حَامِلًا »[2] . وهو أيضًا ظاهرُ كلامِ أحمدَ ، فإنَّه قال : أذْهَبُ إلى حديثِ سالمٍ عن أبيه . يعنى هذا الحديثَ . ولأنَّها فى حالٍ انْتقلتْ[3] إليها بعدَ زَمَنِ البِدْعةِ ، ويُمْكِنُ أن تَنتقِلَ عنها إلى زمانِ البِدْعةِ ، فكان طلاقُها طلاقَ سُنَّةٍ ، كالطَّاهرِ مِنَ الحَيْضِ مِن غيرِ مُجامَعةٍ . ويَتَفرَّعُ مِن هذا ، أنَّه لو قال لها : أنتِ طالقٌ للبِدْعةِ . لم تَطْلُقْ فى الحالِ ، فإذا وضَعتِ الحَمْلَ طَلُقَتْ ؛ لأنَّ النِّفَاسَ زمانُ بِدْعةٍ ، كالحَيْضِ .

فصل : وإن قال لصغيرةٍ أو غيرِ مدخولٍ بها : أنتِ طالقٌ للبِدْعةِ . ثم قال : أرَدْتُ إذا حاضتِ الصَّغيرةُ ، أو أُصيبتْ غيرُ المدخولِ بها . أو قال لهما : أنتُما طالقتانِ للسُّنَّةِ . وقال : أرَدْتُ طلاقَهما فى زمنٍ يَصيرُ طلاقُهما فيه للسُّنَّةِ . دِينَ فيما بينَه وبينَ اللهِ تعالى . وهل يُقْبَلُ فى الحُكمِ ؟ فيه وَجْهانِ ، ذكَرَهُما القاضى ؛ أحدُهما ، لا يُقبَلُ . وهو مذهبُ الشَّافعىِّ ؛ لأنَّه خلافُ الظَّاهرِ ، فأشْبَهَ ما لو قال : أنتِ طالقٌ . ثم قال : أردتُ إذا دخَلتِ الدَّارَ . والثانى : يُقبَلُ . وهو أشْبَهُ[4] بمذهبِ أحمدَ ؛ لأنَّه فسَّرَ كلامَه بما يَحْتمِلُه ، فقيل : كما لو قال : أنتِ طالقٌ ، أنت طالقٌ . وقال : أرَدْتُ بالثَّانيةِ إفْهامَها .

فصل : وإذا قال لها فى طُهْرٍ جامعَها فيه : أنتِ طالقٌ للسُّنَّةِ . فيَئِستْ مِنَ الْمَحِيضِ ، لم تَطْلُقْ ؛ لأنَّه وَصَفَ طلاقَها بأنَّه للسُّنَّةِ فى زمنٍ يَصْلُحُ له ، فإذا صارت آيِسةً ، فليس لطلاقِها سُنَّةٌ ، فلم تُوجَدِ الصِّفَةُ ، فلا يَقَعَ . وكذلك إن اسْتبانَ حَمْلُها ،

---

(2) تقدم تخريجه فى 1 / 444 ..

(3) فى ا : « انتقل » .

(4) فى ب ، م : « الأشبه » .

١٩٠/٧و لم يَقعْ أيضًا ، إلَّا على قولِ مَنْ جعلَ طلاقَ الحاملِ طلاقَ سُنَّةٍ / ، فإنّه يَنْبَغِى أن يَقعَ ؛ لوُجودِ الصِّفَةِ ، كما لو حاضَتْ ثم طَهُرَتْ .

فصل : إذا قال لها(٥) : أنتِ طالقٌ فى كلِّ قَرْءٍ طَلْقةً . وهى مِن ذَواتِ القَرْءِ ، وقعَ فى كلِّ قَرْءٍ طلقةٌ . فإن كانت فى القَرْءِ ، وقعتْ بها واحدةٌ فى الحالِ ، ووقعَ بها طَلْقتانِ فى قَرْأَيْنِ آخرينِ فى أوَّلِهما ، سَواءٌ قُلْنا : القَرْءُ الحيضُ أو الأَطْهارُ . وسَواءٌ كانت مَدْخولًا بها أو غيرَ مَدْخولٍ بها ، إلَّا أنَّ غيرَ المدخولِ بها تَبينُ بالطَّلْقةِ الأُولَى ، فإن تزَوَّجَها ، وقعَ بها فى القَرْءِ الثَّانى طَلْقةٌ أُخرَى . وكذلك الحُكْمُ فى الثَّالثةِ . وإن كانت صغيرةً ، وقُلْنا : القَرْءُ الحَيْضُ . لم تَطْلُقْ حتى تَحِيضَ ، فتَطْلُقَ فى كلِّ حَيْضةٍ طَلْقةً . وإن قُلْنا : القَرْءُ الأَطْهارُ . احْتَمَلَ أن تَطْلُقَ فى الحالِ واحدةً ، ثم لا تَطْلُقُ حتى تَحِيضَ ، ثم تَطْهُرَ فتَطْلُقَ الثَّانيةَ ، ثم الثَّالثةَ فى الطُّهْرِ الآخَرِ(٦) ؛ لأنَّ الطُّهْرَ قبلَ الحَيْضِ كلَّه قَرْءٌ واحدٌ . ويَحْتَمِلُ أن لا تَطْلُقَ حتى تَطْهُرَ بعدَ الحَيْضِ ؛ لأنَّ القَرْءَ هو الطُّهْرُ بينَ الحَيْضتَيْنِ(٧) . وكذلك لو حاضتِ الصَّغيرةُ فى عِدَّتِها ، لم تَحْتسبْ بالطُّهْرِ الذى قبلَ الحَيْضِ مِن عِدَّتِها ، فى أحدِ الوَجْهينِ . والحُكمُ فى الحاملِ كالحُكْمِ فى الصَّغيرةِ ؛ لأنَّ زمنَ الحمْلِ كلَّه قَرْءٌ واحدٌ ، فى أحد الوَجْهَيْنِ ، إذا قُلْنا : الأَقْراءُ الأَطْهارُ . والوَجْهُ الآخَرُ ، ليس بقَرْءٍ على كلِّ حالٍ . وإن كانت آيِسَةً ، فقال القاضى : تَطْلُقُ واحدةً على كلِّ حالٍ ؛ لأنَّه علَّقَ طلاقَها بصِفَةٍ تَسْتَحِيلُ فيها ، فلَغَتِ الصِّفَةُ(٨) ووقعَ بها الطَّلاقُ ، كما لو قال لها : أنتِ طالقٌ للبِدْعةِ . وإذا طَلُقَتِ الحاملُ فى حالِ حَمْلِها ، بانَتْ بوَضْعِه ؛ لأنَّ عِدَّتَها تَنْقضِى به ، فلم يَلْحَقْها طلاقٌ آخَرُ . فإن اسْتأْنَفَ نكاحَها ، أو رَاجعَها قبلَ وَضْعِ حَمْلِها ، ثم طَهُرَتْ مِنَ النِّفاسِ ، طَلُقَتْ أُخرَى ، ثم إذا حاضَتْ ثم طَهُرَتْ ، وقعتِ الثَّالثةُ .

---

(٥) سقط من : الأصل ، ب ، م .

(٦) فى ب ، م زيادة : « ثم تطهر » .

(٧) فى الأصل : « حيضتين » .

(٨) سقط من : ب ، م .

فصل : فإن قال : أنتِ طالقٌ للسُّنَّةِ ، إن كان الطَّلاقُ يَقعُ عليكِ للسُّنَّةِ . وهى فى زمنِ السُّنَّةِ ، طَلُقَتْ بوُجودِ الصِّفَةِ . وإن لم تكُنْ فى زمنِ السُّنَّةِ ، انْحلَّتِ الصِّفَةُ ، ولم يَقَعْ بحالٍ ؛ لأنَّ الشَّرْطَ ما وُجِدَ . وكذلك إن قال : أنتِ طالقٌ للبِدْعةِ ، إن كان الطلاقُ يقعُ عليكِ للبِدْعةِ . إن كانت فى زمنِ البِدْعةِ ، وقعَ ، وإلَّا لم يَقَعْ بحالٍ . فإن كانت مِمَّن لا سُنَّةَ لطلاقِها ولا بِدْعةَ ، فذكَرَ القاضى فيها احْتمالَيْن ؛ أحدهما ، لا يَقعُ فى المسألتَيْنِ ؛ لأنَّ الصِّفَةَ ما وُجِدَتْ ، فأشْبَهَ ما لو قال : أنتِ طالقٌ / ، إن كُنتِ هاشِميَّةً . ولم تَكُنْ هاشِميَّةً . والثَّانى ، تَطْلُقُ ؛ لأنَّه شَرَطَ لوقُوعِ الطَّلْقةِ شَرْطًا مُسْتحِيلًا ، فلَغَى ، ووَقعَ الطَّلاقُ ، كما لو قال : أنتِ طالقٌ للسُّنَّةِ . والأوَّلُ أشْبَهُ . وللشَّافعيَّةِ وَجْهانِ كهٰذيْنِ .

٧/١٩٠ظ

فصل : فإن قال : أنتِ طالقٌ أحسنَ الطَّلاقِ ، أو أجْمَلَه ، أو أعْدَلَه ، أو أكْمله ، أو أتَمَّه ، أو أفْضلَه ، أو قال : طَلْقةً حَسَنَةً ، أو جميلةً ، أو عَدْلَةً ، أو سُنِّيَّةً . كان ذلك كلُّه عبارةً عن طَلاقِ السُّنَّةِ . وبه قال الشَّافعىُّ . وقال محمدُ بنُ الحسنِ : إذا قال : أعْدلَ الطَّلاقِ أو أحْسنَه ، ونحوَه ، كقَوْلِنا . وإن قال : طَلْقةً سُنِّيَّةً أو عَدْلَةً . وقعَ الطَّلاقُ فى الحالِ ؛ لأنَّ الطَّلاقَ لا يَتَّصِفُ بالوَقْتِ ، والسُّنَّةُ والبِدْعةُ وقتٌ ، فإذا وصفَها بما لا تَتَّصِفُ به ، سقطتِ الصِّفَةُ ، كما لو قال لغيرِ المدخولِ بها : أنتِ طالقٌ طَلْقةً رجعيَّةً[٩] . أو قال لها : أنتِ طالقٌ للسُّنَّةِ والبِدْعةِ[١٠] . ولَنا ، أنَّ ذلك عبارةٌ عن طلاقِ السُّنَّةِ ، ويَصِحُّ وَصْفُ الطَّلاقِ بالسُّنَّةِ والحُسْنِ ؛ لكَوْنِه فى ذلك الوقتِ مُوافِقًا للسُّنَّةِ ، مُطَابِقًا للشَّرْعِ ، فهو كقولِه : أحْسنَ الطَّلاقِ . وفارقَ قولَه : طَلْقةً[١١] رَجْعيَّةً ؛ لأنَّ الرَّجْعةَ لا تَكونُ إلَّا فى عِدَّةٍ ، ولا عِدَّةَ لها ، فلا يَحْصُلُ ذلك بقولِه . فإن قال : نَوَيْتُ بقولِى : أعْدلَ الطَّلاقِ . وُقوعَه فى حالِ الحيضِ ؛ لأنَّه أشْبَهُ بأخْلاقِها القَبيحةِ ، ولم أُرِدِ الوقتَ . وكانت فى الحَيْضِ ، وقعَ الطَّلاقُ ؛ لأنَّه إقْرارٌ على نفسِه بما فيه تغْليظٌ . وإن

---

(٩) فى ب ، م بعد هذا زيادة : « أو قال لها : أنت طالق طلقة رجعية » .

(١٠) فى ا : « أو للبدعة » . وفى ب ، م : « أو البدعة » .

(١١) سقط من : الأصل .

كانت فى حالِ السُّنَّةِ ، دِينَ فيما بينَه وبينَ اللهِ تعالى . وهل يُقبَلُ فى الحُكمِ ؟ على وَجْهَيْنِ ، كما تقدَّم .

فصل : فإن عَكَسَ ، فقال : أنتِ طالقٌ أقْبَحَ الطَّلاقِ ، وأسْمَجَه ، أو أفحشَه ، أو أنْتَنَه ، أو أرْدأَه . حُمِلَ على طَلاقِ البِدْعةِ ، فإن كانت فى وقتِ البِدْعةِ ، وإلَّا وقف على مَجىءِ زمانِ البِدْعةِ . وحُكِىَ عن أبى بكرٍ ، أنَّه يَقَعُ ثلاثًا ، إن قُلْنا : إنَّ جَمْعَ الثَّلاثِ بِدْعةٌ . ويَنْبغِى أن تَقَعَ الثَّلاثُ فى وقتِ البِدْعةِ ؛ ليكونَ جامعًا لبِدْعَتَىِ الطَّلاقِ ، فيكونُ أقْبَحَ الطَّلاقِ . وإن نَوَى بذلك غيرَ طلاقِ البِدْعةِ ، نحوَ أن يَقولَ : إنَّما أرَدْتُ أنَّ طلاقَكِ أقبحُ الطَّلاقِ ؛ لأنَّكِ لا تَسْتحِقِّينَه ؛ لحُسْنِ عِشْرَتِك ، وجَميلِ طَريقتِك . وقعَ فى الحالِ . وإن قال : أرَدْتُ بذلك طلاقَ السُّنَّةِ ، ليتأخَّرَ الطَّلاقُ عن نفسِه إلى زمنِ السُّنَّةِ . لم يُقْبَلْ ؛ لأنَّ لفظَه لا يَحْتمِلُه . وإن قال : أنتِ طالقٌ طَلْقةً حَسَنةً قَبيحةً ، فاحِشَةً جميلةً ، تامَّةً ناقِصةً . وقعَ فى الحالِ ؛ لأنَّه وصَفَها بصِفَتَيْنِ مُتَضادَّتَيْنِ ، فلَغَيا ، وبَقِىَ مُجرَّدُ الطَّلاقِ . فإن قال : أردتُ أنَّها حسنةٌ لكونِها فى زمانِ السُّنَّةِ ، وقبيحةٌ(١٢) لإضْرارِها بك . أو قال / : أرَدْتُ أنَّها حَسَنةٌ لتخْليصِى مِن شَرِّك وسُوءِ (١٣)عِشْرَتِكِ و(١٣) خُلُقِكِ ، وقبيحةٌ لكَوْنِها فى زمانِ البِدْعةِ . وكان ذلك يُؤَخِّرُ وُقوعَ الطَّلاقِ عنه ، دِينَ . وهل يُقبَلُ فى الحُكمِ ؟ يُخَرَّجُ على وَجْهَيْنِ .

١٩١/٧و

فصل : فإن قال : أنتِ طالقٌ طلاقَ الحَرَجِ ، فقال القاضى : معناه طلاقُ البِدْعةِ ؛ لأنَّ الحَرَجَ الضِّيقُ والإثْمُ ، فكأنَّه قال : طلاقُ الإثمِ ، وطلاقُ البدعةِ طلاقُ إثمٍ . وحَكَى ابنُ الْمُنذِرِ ، عن عَلِىٍّ ، رَضِىَ اللهُ عنه ، أنَّه يَقَعُ ثلاثًا ؛ لأنَّ الحَرَجَ الضِّيقُ ، والذى يُضَيِّقُ عليه ، ويَمْنعُه الرُّجوعَ إليها ، ويَمْنعُها الرُّجوعَ إليه ، هو الثَّلاثُ ، وهو مع ذلك طلاقُ بِدْعةٍ ، وفيه إثْمٌ ، فيَجْتمِعُ عليه الأمرانِ : الضِّيقُ والإثْمُ . وإن قال : طلاقَ

---

(١٢) فى الأصل : « وقبيحها » .

(١٣ - ١٣) سقط من : ا ، ب ، م .

الحَرَجِ والسُّنَّةِ . كان كقولِه : طلاقَ البِدْعةِ والسُّنَّةِ .

١٢٥٢ ـ مسألة ؛ قال : (وَطَلَاقُ الزَّائِلِ الْعَقْلِ بِلَا سُكْرٍ ، لَا[١] يَقَعُ)

أجْمعَ أهلُ العلمِ على أنَّ الزَّائلَ العقلِ بغيرِ[٢] سُكرٍ ، أو ما في مَعْناه ، لا يَقَعُ طَلَاقُه . كذلك قال عثمانُ ، وعليٌّ ، وسعيدُ بنُ المُسَيَّبِ ، والحسنُ ، والنَّخَعِيُّ ، والشَّعْبيُّ ، وأبو قِلَابَةَ ، وقَتَادَةُ ، والزُّهْرِيُّ ، ويحيى الأنصاريُّ ، ومالكٌ ، والثَّوْرِيُّ ، والشَّافعيُّ ، وأصحابُ الرَّأْيِ . وأجْمَعُوا على أنَّ الرَّجُلَ إذا طلَّقَ في حالِ نومِه ، فلا طَلَاقَ له . وقد ثَبَتَ أنَّ النَّبيَّ ﷺ قال : « رُفِعَ الْقَلَمُ عَنْ ثَلَاثَةٍ ؛ عَنِ النَّائِمِ حَتَّى يَسْتَيْقِظَ ، وَعَنِ الصَّبِيِّ حَتَّى يَحْتَلِمَ ، وَعَنِ الْمَجْنُونِ حَتَّى يَعْقِلَ[٣] »[٤] . ورُوِيَ عن أبي هُرَيْرَةَ ، عن النَّبيِّ ﷺ ، أنَّه قال : « كُلُّ الطَّلَاقِ جَائِزٌ ، إِلَّا طَلَاقَ الْمَعْتُوهِ الْمَغْلُوبِ عَلَى عَقْلِهِ » . رواه النَّجَّادُ[٥] . وقال التِّرْمِذِيُّ : لا نَعْرِفُه إلَّا مِن حديثِ عَطاءِ بن عَجْلانَ ، وهو ذاهِبُ الحديثِ . ورَوَى بإسنادِه عن عليٍّ مثلَ ذلك[٦] . ولأنَّه قولٌ يُزيلُ المِلْكَ ، فاعتُبِرَ له العقلُ ، كالبيعِ . وسواءٌ زال عقلُه لجنونٍ ، أو إغْماءٍ ، أو نومٍ ، أو شُرْبِ دَاوءٍ ، أو إكْراهٍ على شُرْبِ خمرٍ ، أو شَرِبَ ما يُزيلُ [٧]عقلَه شُرْبُه[٧] ، ولا يَعلمُ أنَّه مُزِيلٌ للعقلِ ، فكلُّ هذا يَمْنَعُ وقوعَ الطَّلاقِ ، روايةً واحدةً ، ولا نَعلمُ فيه خلافًا . فأمَّا إن شَرِبَ

---

(١) في الأصل : « لم » .

(٢) في الأصل : « بلا » .

(٣) في ب ، م : « يفيق » .

(٤) تقدم تخريجه ، في : ٢ / ٥٠ .

(٥) وأخرجه الترمذي ، في : باب ما جاء في طلاق المعتوه ، من كتاب الطلاق . عارضة الأحوذي ٥ / ١٦٦ ، ١٦٧ .

(٦) الضمير في « روى » يعود إلى النجاد ، وأورده البخاري ، في : باب الطلاق في الإغلاق والكره ... ، من كتاب الطلاق . صحيح البخاري ٧ / ٥٩ .

كما أخرجه ابن أبي شيبة ، في : باب ما قالوا في طلاق المعتوه ، من كتاب الطلاق . المصنف ٥ / ٣١ .

(٧-٧) في الأصل : « العقل أو شربه » .

البَنْجَ ونحوَه ممَّا يُزيلُ عَقْلَه ، عالِمًا به ، مُتلاعِبًا ، فحُكْمُه حُكْمُ السَّكرانِ فى طَلاقِه . وبهذا قال أصحابُ الشَّافعىِّ ، وقال أصحابُ أبى حنيفةَ : لا يَقَعُ طلاقُه ؛ لأنَّه لا يَلتذُّ بِشُرْبِها . ولَنا ، أنَّه زالَ عقلُه بمَعْصِيَةٍ ، فأشْبَهَ السَّكرانَ .

١٩١/٧ظ **فصل** : قال أحمدُ ، فى المُغْمَى عليه إذا طلَّقَ ، فلمَّا أفاقَ عَلِمَ أنَّه كان مُغْمًى / عليه ، وهو ذاكرٌ لذلك ، فقال : إذا كان ذاكِرًا لذلك ، فليس هو مُغْمًى عليه ، يَجوزُ طلاقُه . وقال ، فى روايةِ أبى طالبٍ ، فى المجنونِ يُطَلِّقُ ، فقيل له بعدَ ما أفاقَ : إنَّك طَلَّقْتَ امرأتَك . فقال : أنا أذكُرُ أنِّى طَلَّقْتُ ، ولم يَكُنْ عقلى معى . فقال : إذا كان يَذكُرُ أنَّه طلَّقَ ، فقد طَلُقَتْ . فلم يَجْعلْه مجنونًا إذا كان يذكُرُ الطَّلاقَ ، ويَعلمُ به . وهذا ، واللهُ أعلمُ ، فى مَن جُنونُه بِذَهابِ معرفتِه بالكُلِّيَّةِ ، وبُطْلانِ حَواسِّه ، فأمَّا مَن كان جنونُه لنشافٍ أو كان مُبَرْسَمًا ، فإنَّه يَسقطُ حُكمُ تَصرُّفِه ، مع أنَّ معرفتَه غيرُ ذاهبةٍ بالكُلِّيَّةِ ، فلا يَضُرُّه ذِكْرُه للطَّلاقِ ، إن شاءَ اللهُ تعالى .

١٢٥٣ – مسألة ؛ قال : (وَعَنْ أَبِى عَبْدِ اللهِ ، رَحِمَهُ اللهُ ، فِى السَّكْرَانِ رِوَايَاتٌ ؛ رِوَايَةٌ يَقَعُ الطَّلَاقُ . وَرِوَايَةٌ لَا يَقَعُ . وَرِوَايَةٌ يَتَوَقَّفُ عَنِ الْجَوَابِ ، وَيَقُولُ : قَدِ اخْتَلَفَ فِيهِ أَصْحَابُ رَسُولِ اللهِ ﷺ)

أمَّا التَّوقُّفُ عن الجوابِ ، فليس بقولٍ فى المسألةِ ، إنَّما هو تَرْكٌ للقَوْلِ فيها ، وتَوقُّفٌ عنها ، لتَعارُضِ الأدلَّةِ فيها ، وإشكالِ دليلِها . ويَبقَى فى المسألةِ روايَتانِ ؛ إحداهما ، يَقَعُ طلاقُه . اخْتارَها أبو بكرٍ الْخَلَّالُ ، والقاضى . وهو مذهبُ سعيدِ بنِ المُسَيَّبِ ، وعَطاءٍ ، ومُجاهِدٍ ، والحسنِ ، وابنِ سِيرِينَ ، والشَّعْبىِّ ، والنَّخَعِىِّ ، ومَيْمُونِ بنِ مِهْرَانَ ، والحَكَمِ ، ومالكٍ ، والثَّوْرِىِّ ، والأَوْزَاعِىِّ ، والشَّافعىِّ (١)فى أحدِ قولَيْه(١) وابنِ شُبْرُمَةَ ، وأبى حنيفةَ ، وصاحبَيْه ، وسليمانَ بنِ حربٍ ؛ لقولِ النَّبىِّ ﷺ : « كُلُّ الطَّلَاقِ

(١ – ١) سقط من : الأصل ، ا .

جائزٌ ، إلَّا طَلَاقَ الْمَعْتُوهِ »[٢] . ومثلُ هذا عن عَلِيٍّ ، ومعاوية ، وابن عبَّاسٍ ، قال ابنُ عبَّاسٍ[٣] : طلاقُ السَّكْرانِ جائزٌ ، إن رَكِبَ مَعْصيةً مِن مَعَاصِى اللهِ نَفَعَه ذلك ! ولأنَّ الصَّحابةَ جعلوه كالصَّاحى فى الحَدِّ بالقَذْفِ ؛ بدليلِ ما روَى أبو وَبْرَة الكَلْبِىُّ ، قال : أرْسَلِنى خالدٌ إلى عمرَ ، فأتيتُه فى المسجدِ ، ومعه عثمانُ ، وعَلِيٌّ ، وعبدُ الرَّحمٰنِ ، وطَلْحَةُ ، والزُّبَيْرُ ، فقلتُ : إنَّ خالدًا يقولُ : إنَّ النَّاسَ انْهَمكُوا فى الخمرِ ، وتَحاقَرُوا العُقُوبَةَ . فقال عمرُ : هؤلاءِ عندَك فسَلْهُم . فقال عَلِيٌّ : نَراه إذا سَكِرَ هَذَى ، وإذا هَذَى افْتَرَى ، وعلى الْمُفْتَرِى ثمانون . فقال عمرُ : أبلِغْ صاحبَك ما قالَ[٤] . فجعلوه كالصَّاحِى ، ولأنَّه إيقاعٌ للطَّلاقِ مِن مُكَلَّفٍ غيرِ مُكْرَهٍ صَادفَ مِلْكَه ، فوجبَ أن يَقعَ ، كطلاقِ الصَّاحِى ، ويَدُلُّ على تكْليفِه أنَّه يُقتَلُ بالقَتْلِ ، ويُقْطَعُ بالسَّرِقَةِ ، وبهذا فَارَقَ المجنونَ . والرِّوايةُ / الثَّانيةُ ، لا يَقعُ طَلاقُه . اخْتارَها أبو بكرٍ عبدُ العزيزِ . وهو قولُ عثمانَ[٥] ، رَضِىَ اللهُ عنه . ومذهبُ عمرَ بنِ عبدِ العزيزِ ، والقاسمِ ، وطاوُسٍ ، ورَبيعةَ ، ويحيى الأنْصارِىِّ ، واللَّيْثِ ، والعَنْبَرِىِّ ، وإسْحاقَ ، وأبى ثورٍ ، والمُزَنِىِّ . قال ابنُ المُنْذِرِ : هذا ثابتٌ عَن عثمانَ ، ولا نَعلمُ أحدًا مِنَ الصَّحابةِ خالفَه . وقال أحمدُ : حديثُ عثمانَ أرْفَعُ شىءٍ فيه ، وهو أصَحُّ . يعنى مِن حديثِ عَلِيٍّ ، وحديثُ الأَعْمَشِ ، منصورٌ لا يَرفعُه إلى عَلِيٍّ . ولأنَّه زائلُ العقلِ ، أشْبَهَ المجنونَ ، والنَّائمَ ، ولأنَّه مفقودُ

١٩٢/٧و

---

(٢) تقدم تخريجه فى صفحة ٣٤٥ .

(٣) فى حاشية م : باب ذكر البخارى فى صحيحه ، قال ابن عباس : طلاق السكران والمستكره ليس بجائز . هكذا بصيغة الجزم ، وما كان فيه بصيغة الجزم حكمه حكم مسنده فى الصحة .

وانظر : باب الطلاق فى الإغلاق ... ، من كتاب الطلاق . صحيح البخارى ٧ / ٥٨ .

(٤) أخرجه البيهقى ، فى : باب ما جاء فى عدد حد الخمر ، من كتاب الأشربة والحد فيها . السنن الكبرى ٨ / ٣٢٠ .

(٥) أورده البخارى ، فى : باب الطلاق فى الإغلاق والكره والسكران ... ، من كتاب الطلاق . صحيح البخارى ٧ / ٥٨ . وأخرجه البيهقى ، فى : باب من قال : لا يجوز طلاق السكران ولا عتقه ، من كتاب الخلع والطلاق . السنن الكبرى ٧ / ٣٥٩ . وابن أبى شيبة ، فى : باب من كان لا يرى طلاق السكران جائزا ، من كتاب الطلاق . المصنف ٥ / ٣٩ .

الإرادةِ ، أشْبَهَ المُكْرَه ، ولأنَّ العقلَ شرطُ التَّكْليفِ[٦] ؛ إذ هو عبارةٌ عن الخطابِ بأمْرٍ أو نَهْيٍ ، ولا يَتوجَّهُ ذلك إلى مَنْ لا يَفْهَمُه ، ولا فرقَ بين زوالِ الشَّرْطِ بمَعْصِيَةٍ أو غيرِها ؛ بدليلِ أنَّ مَن كسَرَ ساقَيْه جازَ له أن يُصلِّيَ قاعدًا ، ولو ضرَبتِ المرأةُ بطنَها ، فَنَفِسَتْ ، سقَطتْ عنها الصَّلاةُ ، ولو ضربَ رأسَه فجُنَّ ، سقطَ التَّكليفُ . وحديثُ أبي هريرة لا يَثْبُتُ ، وأمَّا قَتْلُه وسَرِقَتُه ، فهو كمسْألتِنا .

فصل : والحُكمُ فى عِتْقِه ، ونذرِه ، وبَيْعِه ، وشِرَائِه ، ورِدَّتِه ، وإقْرارِه ، وقَتْلِه ، وقَذْفِه ، وسَرِقَتِه ، كالحُكمِ فى طَلاقِه ؛ لأنَّ المعنى فى الجميعِ واحدٌ . وقد رُوِىَ عن أحمدَ فى بيعِه وشرائِه الرِّواياتُ الثَّلاثُ . وسأله ابنُ منصورٍ : إذا طلَّقَ السَّكرانُ ، أو سَرَقَ ، أو زَنَى ، أو افْتَرى ، أو اشْتَرَى ، أو باعَ . فقال : أَجْبُنُ عنه ، لا يَصِحُّ مِن أمرِ السَّكرانِ شىءٌ . وقال أبو عبدِ اللهِ ابنُ حامد : حُكمُ السَّكْرانِ حُكْمُ الصَّاحِى فيما له وفيما عليه ؛ فأمَّا فيما له وعليه ، كالبيعِ ، والنِّكاحِ ، والمُعَاوَضَاتِ ، فهو كالمجنونِ ، لا يَصِحُّ له شىءٌ . وقد أوْمأَ إليه أحمدُ ، والأَوْلَى أنَّ مالَه أيضًا لا يَصِحُّ منه ؛ لأنَّ تَصْحِيحَ تَصرُّفاتِه فيما عليه مُؤَاخَذَةٌ له ، وليس مِنَ المؤاخذةِ تصْحِيحُ تَصرُّفٍ له .

فصل : وحَدُّ السُّكْرِ الذى يَقعُ الخلافُ فى صاحبِه ، هو الذى يَجْعلُه يَخْلِطُ فى كلامِه ، ولا يَعْرِفُ رِدَاءَه مِن رداءِ غيرِه ، ونَعْلَه مِن نعلِ غيرِه ، ونحوِه ؛ ذلك لأنَّ اللهَ تعالى قال : ﴿ يَـٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوا۟ لَا تَقْرَبُوا۟ ٱلصَّلَوٰةَ وَأَنتُمْ سُكَـٰرَىٰ حَتَّىٰ تَعْلَمُوا۟ مَا تَقُولُونَ ﴾[٧] . فجعَلَ علامةَ زَوَالِ السُّكرِ عِلْمَه ما يقولُ . ورُوِىَ عن عمرَ ، رَضِىَ اللهُ عنه ، أنَّه قال : اسْتَقْرِئُوه القرآنَ ، أو أَلْقُوا رداءَه فى الأَرْدِيَةِ ، فإنْ قرأَ أُمَّ القرآنِ ، أو عَرَفَ رداءَه ، وإلَّا فأَقِمْ عليه الحَدَّ[٨] . ولا يُعْتَبَرُ أن لا يَعرِفَ السَّماءَ مِنَ الأرضِ ، ولا الذَّكَرَ مِنَ الأُنثَى ؛ لأنَّ ذلك لا يَخْفَى على المجنونِ ، فعليه أَوْلَى .

١٢٥٤ – / مسألة ؛ قال : (وَإِذَا عَقَلَ الصَّبِىُّ الطَّلَاقَ ، فَطَلَّقَ ، لَزِمَهُ) ١٩٢/٧ظ

أمَّا الصَّبِىُّ الذى لا يَعْقِلُ ؛ فلا خلافَ فى أنَّه لا طلاقَ له ، وأمَّا الذى يَعقِلُ[١]

---

(٦) فى ب ، م : « للتكليف » .

(٧) سورة النساء ٤٣ .

(٨) أخرجه عبد الرزاق ، فى : باب الريح ، من كتاب الأشربة . المصنف ٩ / ٢٢٩ .

(١) فى الأصل : « يعلم » .

الطَّلاقَ ، ويَعْلمُ أنَّ زَوْجتَه تَبِينُ به ، وتَحْرُمُ عليه ، فأكْثَرُ الرِّواياتِ عن أحمدَ أنَّ طلاقَه يَقعُ . اختارَها أبو بكرٍ ، والخِرَقِىُّ ، وابنُ حامِدٍ . ورُوِىَ نحْوُ ذلك عن سعيدِ بنِ المُسَيَّبِ ، وعطاءٍ ، والحَسَنِ ، والشَّعْبِىِّ ، وإسحاقَ . ورَوَى أبو طالبٍ ، عن أحمدَ : لا يَجوزُ طلاقُه حتى يَحتَلِمَ . وهو قولُ النَّخَعِىِّ ، والزُّهْرِىِّ ، ومالكٍ ، وحمَّادٍ ، والثَّوْرِىِّ ، وأبى عُبَيْدٍ . وذكَرَ أبو عُبَيْدٍ ، أنَّه قولُ أهلِ العراقِ وأهلِ الحجازِ . ورُوِىَ نحْوُ ذلك عن ابنِ عبَّاسٍ ؛ لقولِ النَّبِىِّ ﷺ : « رُفِعَ الْقَلَمُ عَنِ الصَّبِىِّ حَتَّى يَحْتَلِمَ »[٢] . ولأنَّه غيرُ مُكَلَّفٍ ، فلم يَقَعْ طلاقُه كالمجنونِ . ووَجْهُ الأُولَى قولُه عليه السلام : « الطَّلَاقُ لِمَنْ أَخَذَ بِالسَّاقِ »[٣] . وقولُه : « كُلُّ طَلَاقٍ جَائِزٌ إِلَّا طَلَاقَ الْمَعْتُوهِ الْمَغْلُوبِ عَلَى عَقْلِهِ »[٤] . ورُوِىَ عن عَلِىٍّ ، رَضِىَ اللهُ عنه ، أنَّه قال : أُكْتُمُوا الصِّبْيانَ النِّكاحَ[٥] . فيُفْهَمُ منه أنَّ فائدتَه أن لا يُطَلِّقُوا . ولأنَّه طلاقٌ مِن عاقلٍ صادفَ مَحَلَّ الطَّلاقِ ، فوقَعَ ، كطلاقِ البالغِ .

فصل : وأكْثَرُ الرِّواياتِ عن أحمدَ ، تحديدُ مَن يَقعُ طلاقُه مِنَ الصِّبيانِ بكونِه يَعْقِلُ . وهو اختيارُ القاضى . ورَوَى عن أحمدَ أبو الحارثِ : إذا عَقَلَ الطَّلاقَ ، جازَ طلاقُه ، ما بين عَشْرٍ إلى اثنَتَىْ عَشْرَةَ . وهذا يَدُلُّ على أنَّه لا يَقَعُ لِدُونِ العَشْرِ . وهو اخْتيارُ أبى بكرٍ ؛ لأنَّ العَشْرَ حدٌّ للضَّربِ على الصَّلاةِ والصِّيامِ ، وصحَّةِ الوصيَّةِ ، فكذلك هذا . وعن سعيدِ بنِ المُسَيَّبِ : إذا أحْصَى الصَّلاةَ ، وصامَ رمضانَ ، جازَ طلاقُه . وقال عطاءٌ : إذا بَلَغَ أن يُصِيبَ النِّساءَ . وعن الحسنِ : إذا عَقَلَ ، وحَفِظَ الصَّلاةَ ، وصامَ رمضانَ . وقال إسحاقُ : إذا جَازَ[٦] اثْنَتَىْ عَشْرَةَ .

فصل : ومَن أجازَ طلاقَ الصَّبِىِّ ، اقْتَضَى مذهبُه أن يَجُوزَ تَوْكيلُه فيه ، وتَوَكُّلُه لغيرِه . وقد أوْمَأ إليه أحمدُ ، فقال ، فى رجلٍ قال لصَبِىٍّ : طَلِّقِ امرأتى . فقال : قد طَلَّقْتُكِ

---

(٢) تقدم تخريجه ، فى : ٢ / ٥٠ .

(٣) تقدم تخريجه ، فى : ٩ / ٤٢١ .

(٤) تقدم تخريجه ، فى صفحة ٣٤٥ .

(٥) أخرجه ابن أبى شيبة ، فى : باب ما قالوا فى الصبى ، من كتاب الطلاق . المصنف ٥ / ٣٥ .

(٦) فى ب ، م : « جاوز » . وهما بمعنى .

ثلاثًا . لا يَجوزُ عليها[7] حتى يَعْقِلَ الطَّلاقَ . فقيل له : فإن كانت له زَوْجةٌ صبِيَّةٌ ، فقالت : صَيِّرْ أمْرِى إلَىَّ . فقال لها : أمرُك بيدِك . فقالت : قد اخترتُ نفسى . فقال أحمد : ليس بشىءٍ حتى يكونَ مثلُها يَعقِلُ الطَّلاقَ . وقال أبو بكرٍ : لا يَصِحُّ أن يُوكِّلَ حتى يَبلُغَ . وحكاه عن أحمدَ . [8]ولَنا ، أنَّ مَن صَحَّ تَصرُّفُه فى شىءٍ ممَّا تَجوزُ الوِكالةُ فيه بنفسِه ، صحَّ تَوْكيلُه ووكالتُه فيه ، كالبالغ ، وما رُوِىَ عن أحمدَ مِن مَنْعِ ذلك ، فهو على الرِّوايةِ التى لا تُجيزُ طَلاقَه ، إن شاءَ اللهُ تعالى[8] .

١٩٣/٧و **فصل** : فأمَّا السَّفِيهُ ، فيَقعُ طلاقُه ، فى قولِ / أكثرِ أهلِ العلمِ ؛ منهم القاسِمُ بنُ محمَّدٍ ، ومالكٌ ، والشَّافعىُّ ، وأبو حنيفةَ وأصحابُه . ومَنَعَ منه عطاءٌ . والأَوْلَى صِحَّتُه ؛ لأنَّه مُكلَّفٌ ، مَالِكٌ لمَحَلِّ الطَّلاقِ ، فوقعَ طلاقُه كالرَّشيدِ ، والحَجْرُ عليه فى مالِه لا يَمْنَعُ تَصرُّفَه فى غيرِ ما هو محجورٌ عليه فيه ، كالمُفْلِسِ .

١٢٥٥ ـ مسألة ؛ قال : (**وَمَنْ أُكْرِهَ عَلَى الطَّلَاقِ ، لَمْ يَلْزَمْهُ**)

لا تختلِفُ الرِّوايةُ عن أحمدَ ، أنَّ طلاقَ المُكْرَهِ لا يَقعُ . ورُوِىَ ذلك عن عمرَ ، وعَلِىٍّ ، وابنِ عمرَ ، وابنِ عبَّاسٍ ، وابنِ الزُّبَيْرِ ، وجابرِ بنِ سَمُرَةَ . وبه قال عبدُ اللهِ بنُ عُبَيدِ ابن عُميرٍ ، وعِكْرِمَةُ ، والحَسَنُ ، وجابرُ بنُ زيدٍ ، وشُرَيحٌ ، وعطاءٌ ، وطاوُسٌ ، وعمرُ بنُ عبدِ العزيزِ ، وابنُ عَوْنٍ ، وأيُّوبُ السَّخْتِيَانِىُّ ، ومالكٌ ، والأوْزَاعِىُّ ، والشَّافعىُّ ، وإسحاقُ ، وأبو ثورٍ ، وأبو عُبَيدٍ . وأجازَه أبو قِلَابَةَ ، والشَّعْبِىُّ ، والنَّخَعِىُّ ، والزُّهْرِىُّ ، والثَّورِىُّ ، وأبو حنيفةَ وصاحباه ؛ لأنَّه طلاقٌ مِن مُكلَّفٍ ، فى مَحَلٍّ يَمْلِكُه ، فيَنْفُذُ[1] ، كطلاقِ غيرِ المُكْرَهِ . ولَنا ، قولُ النَّبىِّ ﷺ : « إِنَّ اللهَ وَضَعَ عَنْ أُمَّتِى الْخَطَأَ ، وَالنِّسْيَانَ ، وَمَا اسْتُكْرِهُوا عَلَيْهِ » . رَواه ابنُ ماجَه[2] . وعن عائشةَ ، رَضِىَ اللهُ عنها ،

---

(٧) فى ب ، م : « عليهما » .

(٨-٨) سقط من : ا .

(١) فى الأصل : « فنفذ » .

(٢) تقدم تخريجه فى : ١ / ١٤٦ .

قالتْ : سمعتُ رسولَ اللهِ ﷺ يقول : « لَا طَلَاقَ فِي إِغْلَاقٍ » . رواه أبو داودَ[٣] ، والأَثْرَمُ ، قال أبو عُبَيدٍ ، والقُتَيْبِيُّ[٤] : معناه : فى إكراهٍ . وقال أبو بكرٍ : سألتُ ابنَ دُرَيدٍ وأبا طاهرٍ النَّحْوِيَّيْنِ ، فقالا : يُرِيدُ الإِكْرَاهَ ؛ لأنَّه إذا أُكْرِهَ انْغلَقَ[٥] عليه رأيه . ويَدخلُ فى هذا المعنى المُبَرْسَمُ إجماعًا ؛ ولأنَّه قولٌ حُمِلَ عليه بغيرِ حقٍّ ، فلم يَثْبُتْ له حُكْمٌ ، ككلمةِ الكُفرِ إذا أُكرِهَ عليها .

فصل : وإن كان الإِكْراهُ بحقٍّ ، نحو إكْراهِ الحاكمِ المُولِى على الطَّلاقِ بعدَ التَّربُّصِ إذا لم يَفِئْ ، وإكراهِه الرَّجُلَيْنِ اللذَيْنِ زَوَّجَهُما وَلِيَّانِ ، ولم[٦] يُعْلَمِ السابقُ منهما على الطَّلاقِ ، وَقَعَ الطَّلاقُ ؛ لأنَّه قولٌ حُمِلَ عليه بحقٍّ ، فصَحَّ ، كإسْلامِ المُرتَدِّ إذا أُكْرِهَ عليه ، ولأنَّه إنَّما جازَ إكْراهُه على الطَّلاقِ ليَقعَ طلاقُه ، فلو لم يَقعْ لم [٧]يَحْصُلِ المقصودُ[٧] .

١٢٥٦ – مسألة ؛ قال : (وَلَا يَكُوْنُ مُكْرَهًا حَتَّى يُنَالَ بِشَيْءٍ مِنَ الْعَذَابِ ، مِثْلِ الضَّرْبِ أَوِ الْخَنْقِ أَوْ عَصْرِ السَّاقِ وَمَا أَشْبَهَهُ ، وَلَا يَكُونُ التَّوَاعُدُ إِكْرَاهًا[١])

أَمَّا إذا نِيلَ بشىءٍ مِنَ العذابِ ، كالضَّرْبِ ، والخَنْقِ ، والعَصْرِ ، والحَبْسِ ، والغَطِّ فى الماءِ مع الوعيدِ ، فإنَّه يكونُ إكراهًا بلا إشْكالٍ ، / لما رُوِىَ أنَّ المشركِينَ أخذوا عمَّارًا ، فأرادُوه على الشِّرْكِ ، فأعْطاهم ، فانْتهىَ إليه النَّبىُّ ﷺ وهو يَبْكِى ، فجعلَ يَمْسَحُ الدُّموعَ عن

١٩٣/٧ ظ

---

(٣) فى : باب فى الطلاق على غلق ، من كتاب الطلاق . سنن أبى داود ١ / ٥٠٧ .

كما أخرجه ابن ماجه ، فى : باب طلاق المكره والناسى ، من كتاب الطلاق . سنن ابن ماجه ١ / ٦٦٠ .

(٤) لم نجده فى غريب الحديث ، لكل من أبى عبيد ، وابن قتيبة .

(٥) فى الأصل : « لا نغلق » .

(٦) فى ب ، م : « ولا » .

(٧–٧) فى ب ، م : « يقصد المحصول » .

(١) فى ب ، م : « كرها » .

عينَيْه ، ويقولُ : « أَخَذَكَ الْمُشْرِكُونَ فَغَطُّوكَ فِي الْمَاءِ ، وَأَمَرُوكَ أَنْ تُشْرِكَ بِاللهِ ، فَفَعَلْتَ ، فَإِنْ أَخَذُوكَ مَرَّةً أُخْرَى ، فَافْعَلْ ذَلِكَ بِهِمْ » . رَواه أبو حفص بإسْنادِه[٢] . وقال عمرُ ، رَضِيَ اللهُ عنه : ليس الرَّجلُ أمينًا على نفسِه إذا أجَعْتَه[٣] ، أو ضربْتَه ، أو أوثقْتَه[٤] . وهذا يَقْتضي وجودَ فعلٍ يكونُ به إكراهًا . فأمَّا الوَعِيدُ بمُفْرَدِه ، فعن أحمدَ فيه رِوَايتانِ ؛ إحداهما ، ليس بإكْراهٍ ؛ لأنَّ الذى وردَ الشَّرعُ بالرُّخْصةِ معه ، هو ما وردَ فى حديثِ عمَّارٍ ، وفيه أنَّهم : «أَخَذُوكَ فَغَطُّوكَ فِي الْمَاءِ» . فلا يَثْبُتُ الحُكْمُ إلَّا فيما كان مثلَه . والرِّوايةُ الثَّانيةُ ، أنَّ الوَعيدَ بمُفْرَدِه إكْراهٌ . قال فى روايةِ ابنِ منصورٍ : حَدُّ الإكْراهِ إذا خافَ القَتْلَ ، أو ضربًا شديدًا . وهذا قولُ أكثرِ الفقهاءِ . وبه يقولُ أبو حنيفةَ ، والشَّافعيُّ ؛ لأنَّ الإكْراهَ لا يَكونُ إلَّا بالوعيدِ ، فإنَّ الماضِيَ مِن العُقُوبَةِ لا يَنْدفِعُ بفِعْلِ ما أُكْرِهَ عليه ، ولا يَخْشَى مِن وُقوعِه ، وإنَّما أُبيحَ له فِعلُ المُكْرَهِ عليه دَفْعًا لما يَتوعَّدُه به مِن العقوبةِ فيما بعدُ ، وهو فى الموضِعَيْنِ واحدٌ ، ولأنَّه متى توعَّدَه بالقَتْلِ ، وعَلِمَ أنَّه يَقتُلُه ، فلم يُبِحْ له الفِعْلُ ، أفْضَى إلى قَتْلِه ، وإلْقائِه بيدِه إلى التَّهْلُكَةِ ، ولا يُفيدُ ثُبوتُ الرُّخصةِ بالإكْراهِ شيئًا ؛ لأنَّه إذا طَلَّقَ فى هذه الحالِ ، وقَع طلاقُه ، فيَصِلُ المُكْرِهُ إلى مُرادِه ، ويَقَعُ الضَّررُ بالمُكْرَهِ ، وثبوتُ الإكْراهِ فى حقِّ مَن نِيلَ بشيءٍ مِنَ العذابِ لا يَنْفِى ثُبوتَه فى حقِّ غيرِه ، وقد رُوِىَ عن عُمرَ ، رَضِيَ اللهُ عنه ، فى الذى تَدَلَّى يَشْتارُ عَسَلًا[٥] ، فوقَفتِ امرأتُه على الحَبْلِ ، وقالت : طلِّقْنِى ثلاثًا ، وإلا قطعْتُه ، فذكَّرَها اللهَ والإسْلامَ ، فقالت : لَتَفْعَلَنَّ أو لأفْعلَنَّ . فطلَّقَها ثلاثًا ، فردَّه إليها . رواه سعيدٌ[٦] بإسْنادِه . وهذا كان وَعِيدًا .

---

(٢) وأخرجه الحاكم ، فى : كتاب التفسير . المستدرك ٢ / ٣٥٧ . وابن جرير ، فى : تفسير سورة النحل . الآية ١٠٦ . تفسير الطبرى ١٤ / ١٨١ ، ١٨٢ . وابن سعد ، فى : الطبقات الكبرى ٣ / ٢٤٩ .

(٣) فى ب ، م : « أوجعته من الجوع » .

(٤) أخرجه عبد الرزاق ، فى : باب طلاق الكره [كذا] ، من كتاب الطلاق . المصنف ٦ / ٤١١ . كما أخرجه البيهقى ، من طريق سعيد بن منصور ، فى : باب ما يكون إكراها ، من كتاب الخلع والطلاق . السنن الكبرى ٧ / ٣٥٩ .

(٥) يشتار عسلا : يجتنيه .

(٦) فى : باب ما جاء فى طلاق المكره ، من كتاب الطلاق . السنن ١ / ٢٧٤ ، ٢٧٥ .
كما أخرجه البيهقى ، فى : باب ما جاء فى طلاق المكره ، من كتاب الخلع والطلاق . السنن الكبرى ٧ / ٣٥٧ .=

فصل : ومِن شَرْطِ الإكْراهِ ثلاثةُ أُمورٍ ؛ أحدُها : أن يكونَ مِن قادرٍ بسُلْطانٍ ، أو تَغَلُّبٍ ، كاللِّصِّ ونحوِه . وحُكِىَ عَنِ الشَّعْبِىِّ : إن أكْرَهَه اللِّصُّ ، لم يَقَعْ طلاقُه ، وإن أكْرَهَه السُّلطانُ وقَعَ . قال ابنُ عُيَيْنَةَ : لأنَّ اللِّصَّ يَقتُلُه . وعمومُ ما ذكَرْناه فى دليلِ الإكْراهِ يَتناوَلُ الجميعَ ، والذين أكْرَهُوا عَمَّارًا لم يكونوا لُصُوصًا ، وقد قال النَّبىُّ ﷺ لعمَّارٍ : « إنْ عَادُوا فَعُدْ » . ولأنَّه إكراهٌ ، فمَنَعَ وُقوعَ الطَّلاقِ ، كإكْراهِ اللِّصِّ[7] . الثَّانى ، أن يَغْلِبَ على ظَنِّه نزولُ الوعيدِ به ، إن لم يُجِبْه إلى ما طلَبَه . الثَّالثُ ، /أن يكونَ ممَّا يسْتَضِرُّ به ضررًا كثيرًا ، كالقَتْلِ ، والضَّرْبِ الشَّدِيدِ ، والقَيْدِ ، والحَبْسِ الطَّوِيلِ[8] ، فأمَّا الشَّتْمُ ، والسَّبُّ ، فليس بإكراهٍ ، روايةً واحدةً ، وكذلك أخْذُ المالِ اليَسِيرِ . فأمَّا الضَّرْبُ[9] اليَسِيرُ فإن كان فى حَقِّ مَنْ لا يُبالِى به ، فليس بإكْراهٍ ، وإن كان [10] فى بعضِ [10] ذوِى المَرُوءاتِ ، على وَجْهٍ يكونُ إخراقًا[11] بصاحبِه ، وغَضًّا له ، وشُهْرةً فى حَقِّه ، فهو كالضَّرْبِ الكثيرِ فى حَقِّ غيرِه . وإن تُوُعِّدَ بتَعْذيبِ وَلَدِه ، فقد قِيلَ : ليس بإكْراهٍ[12] ؛ لأنَّ الضَّررَ لاحِقٌ بغيرِه ، والأَوْلَى أن يكونَ إكراهًا ؛ لأنَّ ذلك عندَه أعظمُ مِن أخْذِ مالِه ، والوعيدُ بذلك إكراهٌ ، فكذلك هذا .

١٩٤/٧و

فصل : وإن أُكْرِهَ على طلاقِ امرأةٍ ، فطلَّقَ غيرَها ، وقعَ ؛ لأنَّه غيرُ مُكْرَهٍ عليه . وإن أُكْرِهَ على طَلْقةٍ ، فطلَّقَ[13] ثلاثًا ، وقعَ أيضًا ؛ لأنَّه لم يُكْرَه على الثَّلاثِ . وإن طلَّقَ مَنْ أُكْرِهَ على طَلاقِها وغيرَها ، وقعَ طلاقُ غيرِها دونَها . وإن خَلَصَتْ نِيَّتُه فى إيقاعِ[14] الطَّلاقِ

= وأورده أبو عبيد الهروى ، فى : غريب الحديث ٣ / ٣٢٢ .

(٧) فى ب ، م : « اللصوص » .

(٨) فى ا ، ب ، م : « الطويلين » .

(٩) فى ب ، م : « الضرر » .

(١٠-١٠) فى م : « من » وسقط بعض من : ا ، ب .

(١١) أى وصفا له بالحمق .

(١٢) فى ب ، م : « باكراهه » .

(١٣) فى ا : « وطلق » .

(١٤) سقط من : ا ، ب ، م .

دونَ دَفْعِ الإِكْراهِ ، وقعَ ؛ لأنَّه قصَدَه واختارَه ، ويَحتمِلُ أن لا يَقَعَ ؛ لأنَّ اللَّفظَ مَرْفوعٌ عنه ، فلا يَبْقَى إلَّا مُجرَّدُ النِّيَّةِ ، فلا يَقعُ بها طلاقٌ . وإن طلَّقَ ، ونَوَى بقلبِه غيرَ امرأتِه ، أو تَأَوَّلَ فى يمينِه ، فله تأْويلُهُ ، ويُقبَلُ قولُه فى نِيَّتِه ؛ لأنَّ الإِكْراهَ دليلٌ له على تَأْويلِه . وإن لم يتَأَوَّلْ وقصدَها بالطَّلاقِ ، لم يَقعْ ؛ لأنَّه معذورٌ . وذكرَ أصحابُ الشَّافعىِّ وجهًا أنَّه يَقعُ ؛ لأنَّه لا مُكْرِهَ له على نِيَّتِه . ولَنا ، أنَّه مُكْرَهٌ عليه ، فلم يَقَعْ ؛ لعُمومِ ما ذكَرْنا مِنَ الأدِلَّةِ ، ولأنَّه قد لا يَحْضُرُه التَّأويلُ فى تلك الحالِ ، فتفُوتُ الرُّخْصةُ .

بابُ تصْريحِ الطَّلاقِ وغيره

وجملةُ ذلك أنَّ الطَّلاقَ لا يَقَعُ إلا بلَفْظٍ ، فلو نَوَاهُ بقَلْبِه مِن غيرِ لفظٍ ، لم يَقَعْ ، في قولِ عامَّةِ أهلِ العلمِ ؛ منهم عَطاءٌ ، وجابرُ بنُ زَيْدٍ ، وسعيدُ بنُ جُبَيرٍ ، ويحيى بنُ أبي كَثِيرٍ ، والشَّافعيُّ ، وإسحاقُ . ورُوِىَ أيضًا عن القاسِمِ ، وسالِمٍ ، والحَسَنِ ، والشَّعْبِىِّ . وقال الزُّهرِيُّ : إذا عزَمَ على ذلك طَلُقَتْ . وقال ابنُ سِيرِينَ ، في من طَلَّقَ في نفسِه : أليس قد عَلِمَه اللهُ . ولَنا ، قولُ النَّبِيِّ ﷺ : « إنَّ اللهَ تَجَاوَزَ لِأُمَّتِى عَمَّا حَدَّثَتْ بِهِ نَفْسَهَا ، مَا لَمْ تَتَكَلَّمْ بِهِ أَوْ تَعْمَلْ » . رَوَاه النَّسائيُّ ، والتِّرمذيُّ[1] . وقال : هذا حديثٌ صحيحٌ . ولأنَّه تَصرُّفٌ يُزيلُ المِلكَ ، فلم يَحْصُلْ بالنِّيَّةِ / كالبيعِ والهِبَةِ . وإن نَواهُ بقلبه ، وأشارَ بأصابعِه ، لم يَقَعْ أيضًا ؛ لما ذكَرْناه . إذا ثَبَتَ أنَّه يُعتبرُ فيه اللَّفظُ ، فاللَّفظُ يَنْقسِمُ فيه إلى صريحٍ وكنايةٍ ، فالصَّريحُ يقَعُ به الطَّلاقُ مِن غيرِ نِيَّةٍ ، والكنايةُ لا يَقعُ بها الطَّلاقُ حتى يَنْوِيَه ، أو يَأْتِىَ بما يَقومُ مقامَ نِيَّتِه . ٧/١٩٤ ظ

١٢٥٧ ـ مسألة ؛ قال : (**وَإذَا قَالَ : قَدْ طَلَّقْتُكِ ، أَوْ قَدْ فَارَقْتُكِ ، أَوْ قَدْ سَرَّحْتُكِ . لَزِمَهَا الطَّلَاقُ**)

هذا يَقْتضِى أنَّ صَرِيحَ الطَّلاقِ ثلاثةُ ألفاظٍ ؛ الطَّلاقُ ، والفِراقُ ، والسَّراحُ ، وما تَصرَّفَ مِنهنَّ . وهذا مذهبُ الشَّافعيِّ . وذهبَ أبو عبدِ اللهِ ابنُ حامدٍ ، إلى أنَّ صَريحَ الطَّلاقِ لفظُ الطَّلاقِ وحدَه ، وما تَصرَّفَ منه لا غيرُ . وهو مذهبُ أبي حنيفةَ ، ومالكٍ ، إلَّا أنَّ مالكًا يُوقِعُ الطَّلاقَ به بغيرِ نِيَّةٍ ؛ لأنَّ الكِناياتِ الظَّاهرةَ لا تَفْتقرُ عندَه إلى النِّيَّةِ . وحُجَّةُ هذا القولِ أنَّ لفظَ الفِراقِ والسَّراحِ يُسْتَعْملانِ في غيرِ الطَّلاقِ كثيرًا ، فلم يكونا

---

(١) تقدم تخريجه في : ٩ / ٢٧٢ ، وانظر : ١ / ١٤٦ .

صَرِيحَيْنِ فيه كسائرِ كِنَاياتِه . ووَجْهُ الأَوَّلِ أنَّ هذه الألفاظَ ورد بها الكتابُ بمَعْنَى الفُرْقةِ بينَ الزَّوجينِ ، فكانا صَرِيحَينِ فيه ، كلفظِ الطَّلاقِ ، قال اللهُ تعالى : ﴿ فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَـٰنٍ ﴾[1] . وقال : ﴿ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ ﴾[2] . وقال سبحانه : ﴿ وَإِن يَتَفَرَّقَا يُغْنِ ٱللَّهُ كُلًّا مِّن سَعَتِهِ ﴾[3] . وقال سبحانه : ﴿ فَتَعَالَيْنَ أُمَتِّعْكُنَّ وَأُسَرِّحْكُنَّ سَرَاحًا جَمِيلًا ﴾[4] . وقولُ ابنِ حامِدٍ أصَحُّ ؛ فإنَّ الصَّرِيحَ فى الشَّىءِ ما كان نصًّا فيه ، لا يَحْتمِلُ غيرَه ، إلَّا احْتمالًا بعيدًا ، ولفظةُ[5] الفراقِ والسَّراحِ إنْ وَرَدا فى القرآنِ بمعنى الفُرقةِ بينَ الزَّوْجَيْنِ ، فقد وردا[6] لغيرِ ذلك المعنى [7]فى القرآنِ[7] وفى العُرفِ كثيرًا ، قال اللهُ تعالى : ﴿ وَٱعْتَصِمُواْ بِحَبْلِ ٱللَّهِ جَمِيعًا وَلَا تَفَرَّقُواْ ﴾[8] . وقال : ﴿ وَمَا تَفَرَّقَ ٱلَّذِينَ أُوتُواْ ٱلْكِتَـٰبَ ﴾[9] . فلا مَعْنَى لتَخْصِيصِه بفُرْقةِ[10] الطَّلاقِ ، على أنَّ قولَه : ﴿ أَوْ فَارِقُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ ﴾[11] . لم يُرِدْ به الطَّلاقَ ، وإنَّما هو تَرْكُ ارْتِجاعِها ، وكذلك قولُه : ﴿ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَـٰنٍ ﴾ . ولا يَصِحُّ قِياسُه على لفظِ الطَّلاقِ ، فإنَّه مُخْتَصٌّ بذلك ، سابِقٌ إلى الأفهامِ مِنْ غيرِ قرينةٍ ولا دَلالةٍ ، بخلافِ الفِرَاقِ والسَّراحِ . فعلى كلا القولينِ ، إذا قال : طلَّقتُك ، أو أنتِ طالِقٌ ، أو مُطلَّقةٌ . وقعَ الطَّلاقُ مِن غيرِ نِيَّةٍ . وإن قال[12] : فارَقتُك . أو قال[13] : أنتِ مُفارَقةٌ ، أو سرَّحتُك ،

---

(1) سورة البقرة ٢٢٩ .

(2) سورة البقرة ٢٣١ .

(3) سورة النساء ١٣٠ .

(4) سورة الأحزاب ٢٨ .

(5) فى ا : « ولفظ » .

(6) فى الأصل ، ا : « وردت » .

(٧-٧) سقط من : ب ، م .

(8) سورة آل عمران ١٠٣ .

(9) سورة البينة ٤ .

(10) فى الأصل ، ب ، م : « بفرق » .

(11) سورة الطلاق ٢ .

(12) سقط من : الأصل ، ب ، م .

(13) سقط من : ا .

أو أنتِ مُسرَّحةٌ . فمَنْ رآه[١٤] صريحًا أوقعَ به الطَّلاقَ مِن غيرِ نِيَّةٍ ، ومَن لم يَرَهُ صريحًا لم يُوقِعْه به ، إلَّا أن يَنْوِيَه . فإن قال : أردتُ بقَوْلِى : فارقتُكِ / أى بجسْمِى ، أو بقلبى أو بمَذْهبِى ، أو سرَّحتُك مِن يَدِى ، أو شُغْلِى ، أو من حَبْسِى ، أو أى سرَّحْتُ شعرَك . قُبِلَ قولُه . وإن قال : أردتُ بقولى : أنت طالقٌ . أى مِن وَثاقِى . أو قال : أردتُ أن أقول : طلبتُك . فسبَقَ لسانى ، فقلتُ : طَلَّقْتُكِ . ونحو ذلك ، دِينَ فيما بينه وبينَ اللهِ تعالى ، فمتى عَلِمَ مِن نفسِه ذلك ، لم يَقعْ عليه فيما بينَه وبين ربِّه . قال أبو بكرٍ : لا خِلافَ عن أبى عبدِ الله ، أنَّه إذا أرادَ أن يقولَ لزَوْجتِه : اسْقِينى ماءً . فسبقَ لسانُه فقال : أنتِ طالقٌ ، أو أَنتِ حُرَّةٌ . أنَّه لا طلاقَ فيه . ونقلَ ابنُ منصورٍ عنه ، أنَّه سُئِلَ عن رجلٍ حَلَفَ ، فجَرى على لسانِه غيرُ ما فى قلبِه ، فقال : أرْجُو أن يكونَ الأمرُ فيه واسعًا . وهل تُقبَلُ دعواه فى الحُكْمِ ؟ يُنظَرُ ؛ فإن كان فى حالِ الغضبِ ، أو سُؤالِها الطَّلاقَ ، لم يُقبَلْ فى الحُكمِ ؛ لأنَّ[١٥] لَفْظَه ظاهرٌ فى الطَّلاقِ ، وقَرينةُ حالِه تَدلُّ عليه ، فكانت دَعْواه مُخالِفةً للظَّاهرِ من وجهيْنِ ، فلا تُقبَلُ ، وإن لم يَكُنْ فى هذه الحالِ ، فظاهرُ كلامِ أحمدَ ، فى روايةِ ابنِ منصورٍ ، وأبى الحارثِ ، أنَّه يُقبَلُ قولُه . وهو قولُ جابرِ[١٦] بنِ زيدٍ ، والشَّعْبىِّ ، والحَكَمِ ، حَكاه عنهم أبو حفصٍ ؛ لأنَّه فسَّرَ كلامَه بما يَحْتمِلُه احتمالًا غيرَ بعيدٍ ، فقيل : كما لو[١٧] قال : أنتِ طالقٌ ، أنتِ طالقٌ . وقال : أردتُ بالثَّانيةِ إفْهامَها . وقال القاضى : فيه روايتانِ ، هذه التى ذكَرْنا ، قال : وهى ظاهرُ كلامِ أحمدَ . والثَّانيةُ ، لا يُقبَلُ . وهو مذهبُ الشَّافعىِّ ؛ لأنَّه خلافُ ما يَقْتضيه الظَّاهرُ فى العُرفِ ، فلم يُقبَلْ فى الحُكمِ ، كما لو أقرَّ بعشرةٍ ، ثم قال : زُيُوفًا ، أو صِغارًا ، أو إلى شهرٍ . فأمَّا إن صرَّحَ بذلك فى اللَّفظِ ، فقال : طَلَّقتُك مِن وَثاقِى ، أو فارقتُك بجسمِى ، أو سرَّحتُك مِن يَدِى . فلا شكَّ فى أنَّ الطَّلاقَ لا يَقعُ ؛ لأنَّ ما يَتَّصِلُ بالكلامِ يَصْرِفُه عن مُقْتضاه ،

١٩٥/٧و

---

(١٤) فى ب ، م : « يراه » .

(١٥) فى النسخ : « لأنه » .

(١٦) سقط من : ا .

(١٧) سقط من : ب ، م .

كالاسْتِثْناءِ والشَّرطِ . وذكَرَ أبو بكرٍ ، فى قولِه : أنتِ مُطلَّقةٌ . أنَّه إنْ نَوَى أنَّها مُطلَّقةٌ طلاقًا ماضِيًا ، أو مِن زَوْجٍ كان قبلَه ، لم يَكُنْ عليه شىءٌ ، وإن لم يَنوِ شيئًا ، فعلى قَوْلَيْن ؛ أحدُهما ، يَقعُ . والثَّانى ، لا يَقعُ . وهذا مِن قولِه يَقتضى أن تكونَ هذه اللَّفظةُ غيرَ صريحةٍ ، فى أحَدِ القَوْلينِ . قال القاضى : والمنْصوصُ عن أحمدَ ، أنَّه صريحٌ ، وهو الصَّحيحُ ؛ لأنَّ هذه مُتَصرِّفةٌ مِن لفظِ الطَّلاقِ ، فكانتْ صَرِيحةً فيه ، كقوله : أنتِ طالقٌ .

فصل : فأمَّا لَفْظةُ الإِطْلاقِ ، فليست صريحةً فى الطَّلاقِ ؛ لأنَّها لم يَثبُتْ لها عُرْفُ الشَّرعِ / ، ولا الاستعمالُ ، فأشْبَهتْ سائرَ كِناياتِه . وذكر القاضى فيها احتمالًا ، أنَّها صَرِيحةٌ ؛ لأنَّه لا فرقَ بين فَعَّلْتُ وأفْعَلْتُ ، نحو عَظَّمْتُه وأعْظَمْتُه ، وكَرَّمْتُه وأكْرَمْتُه . وليس هذا الذى ذكَرَه بمُطَّرِدٍ ؛ فإنَّهم يقولون : حَيَّيْتُه مِنَ التَّحِيَّةِ ، وأحْيَيْتُه مِنَ الحَيَاةِ ، وأصدَقْتُ المرأةَ صَدَاقًا ، وصَدَّقْتُ حديثَها تَصديقًا ، ويُفرِّقُونَ بين أقبَلَ وقَبِلَ ، وأدبَرَ ودَبَرَ ، وأبصَرَ وبَصُرَ ، ويُفرِّقُونَ بين المعانى المُخْتلِفَةِ بحَرَكةٍ أو حرفٍ ، فيقولونَ : حَمْلٌ لما فى البطنِ ، وبالكسرِ لما على الظَّهْرِ ، والوَقْرُ بالفتحِ الثِّقْلُ فى الأُذُنِ ، وبالكسرِ لِثِقْلِ الحِمْلِ . وهٰهُنا فرَّقُوا[18] بين حَلِّ قَيْدِ النِّكاحِ وبين غيرِه ، بالتَّضعيفِ فى أحدِهما ، والهمزةِ فى الآخَرِ ، ولو كان معنى اللفظينِ واحدًا لقِيلَ : طَلَّقْتُ الأسِيرَ[19] ، والفَرَسَ ، والطَّائرَ ، فهو طالقٌ ، وطلَّقتُ الدَّابَّةَ ، فهى طالقٌ ، ومُطَلَّقَةٌ . ولم يُسْمَعْ هذا فى كلامِهم ، وهذا مذهبُ الشَّافعىِّ .

فصل : فإن قال : أنتِ الطَّلاقُ . فقال القاضى : لا تختلِفُ الرِّوايةُ عن أحمدَ فى أنَّ الطَّلاقَ يَقعُ به ، نَواهُ أو لم يَنْوِه . وبهذا قال أبو حنيفةَ ، ومالكٌ . ولأصحابِ الشَّافعىِّ فيه وَجْهانِ ؛ أحدُهما ، أنَّه غيرُ صَرِيحٍ[20] ؛ لأنَّه مصدرٌ ، والأعْيانُ لا تُوصَفُ بالمصادرِ إلَّا

١٩٥/٧ظ

---

(١٨) فى ا ، ب ، م : « فرق » .

(١٩) فى ب ، م : « الأسيرين » .

(٢٠) فى الأصل ، ب ، م : « صحيح » .

مَجازًا . والثَّانى ، أنَّ الطَّلاقَ لفظٌ صريحٌ ، فلم يَفْتَقِرْ إلى نِيَّةٍ ، كالمُتَصرِّفِ منه ، وهو مُستَعْمَلٌ فى عُرفِهم ، قال الشَّاعرُ[21] :

أَنَـوَّهْتِ باسْمِـىَ فى العالَمِيــــنَ وأَفْنَـيْتِ عُمْـرِىَ عامًـا فعامَـا[22]
فأنتِ الطَّلاقُ وأنتِ الطَّــــلاقُ وأنتِ الطَّــلاقُ ثلاثًـــا تَمامَـــا

وقولُهم : إنه مجازٌ . قُلْنا : نعم ، [23]إلَّا أنَّه[23] يتعيّنُ[24] حملُـه على الحقيقـةِ ، ولا مَحْمَلَ له يَظهرُ سِوَى هذا المحملِ ، فتَعَيَّنَ فيه .

فصل : وصريحُ الطَّلاقِ بالعَجَمِيَّةِ بهشتم ، فإذا أتى بها العَجمِىُّ ، وقعَ الطَّلاقُ منه بغيرِ نِيَّةٍ . وقال النَّخَعِىُّ ، وأبو حنيفةَ : هو كنايةٌ ، لا يُطلَّقُ به إلا بِنيَّةٍ ؛ لأنَّ معناه خَلَّيْتُك ، وهذه اللَّفظةُ كنايةٌ . ولَنا ، أنَّ هذه اللَّفظةَ بلسانِهم موضوعةٌ للطَّلاقِ ، يَسْتعملونَها فيه ، فأشبهَتْ لفظَ الطَّلاقِ بالعربيَّةِ ، ولو لم تكُنْ هذه صريحةً ، لم يكُنْ فى العجميَّةِ صريحٌ للطَّلاقِ ، وهذا بعيدٌ ، ولا يَضُرُّ كونُها[25] بمعنى خَلَّيْتُكِ ، فإنَّ معنى طلَّقتُك خَلَّيْتُك أيضًا ، إلَّا أنَّه لمَّا كان موضوعًا له ، يُسْتعمَلُ فيه ، كان صَرِيحًا ، كذا هذه . ولا / خلافَ فى أنَّه إذا نَوَى بها الطَّلاقَ ، كانت طلاقًا ، كذلك قال الشَّعْبِىُّ ، والنَّخَعِىُّ ، والحَسَنُ ، ومالكٌ ، والثَّوْرِىُّ ، وأبو حنيفةَ ، وزُفَرُ ، والشَّافعىُّ . ١٩٦/٧و

١٢٥٨ ـ مسألة ؛ قال : (وَإِذَا قَالَ لَهَا فِى الْغَضَبِ : أَنْتِ حُرَّةٌ ، أَوْ لَطَمَهَا ، فَقَالَ : هَذَا طَلَاقُكِ . فَقَدْ وَقَعَ الطَّلَاقُ)

الكلامُ فى هذه المسألةِ فى فصلينِ :

أحدُهما : فى أنَّ هذا اللَّفظَ كنايةٌ فى الطَّلاقِ ، إذا نَواه به وقعَ ، ولا يَقعُ مِن غيرِ نِيَّةٍ ،

---

(٢١) نسبهما ابن قتيبة إلى أعرابى قالهما فى امرأته . عيون الأخبار ٤ / ١٢٧ .

(٢٢) فى ب ، م : « نوهت » .

(٢٣-٢٣) سقط من : ب ، م .

(٢٤) فى ب ، م : « يعتذر » .

(٢٥) فى ب ، م : « كونهما » .

ولا دَلالةِ حالٍ ، ولا نعلمُ خلافًا فى : أنت حُرَّةٌ ، أنَّه كنايةٌ . فأمَّا إذا لطمَها ، وقال : هذا طلاقُك . فإنَّ كثيرًا مِنَ الفُقهاءِ قالوا : ليس هذا كنايةً ، ولا يقعُ به طلاقٌ ، وإن نَوَى ؛ لأنَّ هذا لا يُؤدِّى معنى الطَّلاقِ ، ولا هو سببٌ له ، ولا حُكمٌ فيه[1] ، فلم يَصحَّ التَّعبيرُ به عنه ، كقولِه : غفرَ اللهُ لك . وقال ابنُ حامدٍ : يَقعُ به الطَّلاقُ مِن غيرِ نِيَّةٍ ؛ لأنَّ تقديرَه : أوقعتُ عليك طلاقًا ، هذا الضَّرْبُ من أجْلِه ، فعلَى قولِه يَكونُ هذا صريحًا . وقولُ الخِرَقِىِّ مُحتَمِلٌ لهذا أيضًا ، ويَحْتمِلُ أنَّه إنَّما يُوقِعُه إذا كان فى حالِ الغضَبِ ، فيَكونُ الغضبُ قائمًا مَقامَ النِّيَّةِ ، كما قامَ مَقامَها فى قولِه : أنتِ حُرَّةٌ . ويَحْتمِلُ أن يكونَ لَطْمُه لها قَرِينةً تَقومُ مَقامَ النِّيَّةِ ؛ لأنَّه يَصْدُرُ عن الغضبِ ، فجرى مَجْراه . والصَّحيحُ أنَّه كنايةٌ فى الطَّلاقِ ؛ لأنَّه مُحْتمِلٌ[2] بالتَّقْديرِ الذى ذكَرَه ابنُ حامدٍ ، ويَحْتمِلُ أن يُرِيدَ أنَّه سببٌ لطلاقِك ، لكَوْنِ الطَّلاقِ مُعلَّقًا عليه ، فصَحَّ أن يُعبِّرَ به عنه ، وليس بصَرِيحٍ ؛ لأنَّه احْتاجَ إلى تقديرٍ ، ولو كان صريحًا لم يَحْتَجْ إلى ذلك ، ولأنَّه غيرُ موضوعٍ له ، ولا مُسْتَعْمَلٌ فيه شرعًا ، ولا عُرفًا ، فأشبهَ سائرَ الكناياتِ . وعلى قياسِه مالو أطْعمَها ، أو سَقاها ، أو كَساها ، وقال : هذا طلاقُك . أو لو فَعلتِ المرأةُ فِعلًا مِن قيامٍ ، أو قُعودٍ ، أو فَعلَ هو فِعلًا ، وقال : هذا طلاقُك . فهو مثلُ لَطْمِها ، إلَّا فى أنَّ اللَّطْمَ يَدلُّ على الغضبِ القائمِ مَقامَ النِّيَّةِ ، فيكونُ هو أيضًا قائمًا مَقامَها فى وَجْهٍ ، وما ذكَرُوه[3] لا يَقومُ مَقامَ النِّيَّةِ عندَ مَن اعتبَرَها .

الفصلُ الثَّانى : أنَّه إذا أتى بالكنايةِ فى حالِ الغضَبِ ، [4]من غَيرِ نِيَّـةٍ[4] ، فذكـر الخِرَقِىُّ فى هذا الموضعِ أنَّه يَقعُ الطَّلاقُ . وذكَرَ القاضى ، وأبو بكرٍ ، وأبو الخطَّابِ فى ذلك رِوايتيْنِ ؛ إحْداهما ، يَقعُ الطَّلاقُ . قال فى روايةِ المَيْمُونىِّ : إذا قال لزوجتِه : أنتِ

---

(١) سقط من : ا ، ب ، م .

(٢) فى ا : « يحتمل » .

(٣) فى ا : « ذكرناه » . وفى ب ، م : « ذكرنا » .

(٤ - ٤) سقط من : ا ، ب ، م .

حُرَّةٌ لوجهِ اللهِ . فى الرِّضَى ، لا فى الغضبِ ، فأخْشَى أن يَكونَ / طلاقًا . والرِّوايةُ الأُخرَى ، ليس بطلاقٍ . وهو قولُ أبى حنيفةَ ، والشَّافعىِّ ، إلَّا أنَّ أبا حنيفةَ يَقولُ فى : اعتَدِّى ، واخْتارِى ، وأمْرُكِ بيدِكِ . كقولِنا فى الوقوعِ . واحْتجَّا بأنَّ هذا ليس بصريحٍ فى الطَّلاقِ ، ولم يَنْوِه[5] به ، فلم يَقَعْ به الطَّلاقُ ، كحالِ الرِّضَى ، ولأنَّ مُقتضَى اللَّفظِ لا يَتغيَّرُ بالرِّضَى والغضبِ . ويَحْتَمِلُ أنَّ ما كان مِن الكناياتِ لا يُستعمَلُ فى غيرِ الفُرْقةِ إلَّا نادرًا ، نحو قوله : أنتِ حُرَّةٌ لوجهِ اللهِ . واعتَدِّى . واستَبْرِئى . وحَبْلُكِ على غارِبِكِ . وأنت بائنٌ . وأشباهِ ذلك ، أنَّه يَقعُ فى حالِ الغضَبِ . وجوابُ سؤالِ الطَّلاقِ مِن غيرِ نِيَّةٍ ، وما كثُرَ استعمالُه لغيرِ ذلك ، نحو : اذْهَبِى . واخْرُجى . ورُوحِى . وتَقَنَّعِى . لا يَقعُ الطَّلاقُ به إلَّا بِنيَّةٍ . ومذهبُ أبى حنيفةَ قريبٌ من هذا . وكلامُ أحمدَ ، والخِرَقِىِّ فى الوقوعِ ، إنَّما وردَ فى قولِه : أنتِ حُرَّةٌ . وهو ممَّا لا يَستعمِلُه الإنْسانُ فى حقِّ زوجتِه غالبًا إلَّا كنايةً عن الطَّلاقِ ، ولا يَلْزمُ مِنَ الاكتفاءِ بذلك بمُجرَّدِ الغضَبِ وُقوعُ غيرِه من غيرِ نِيَّةٍ ؛ لأنَّ ما كثُرَ استعمالُه يُوجَدُ كثيرًا غيرَ مُرادٍ به الطَّلاقُ فى حالِ الرِّضَى ، فكذلك فى حالِ الغضَبِ ، إذْ لا حَجْرَ[6] عليه فى اسْتعمالِه ، والتَّكلُّمِ به ، بخلافِ ما لم تَجْرِ العادةُ بذكْرِه ، فإنَّه لمَّا قلَّ اسْتعمالُه فى غيرِ الطَّلاقِ ، كان مُجرَّدُ ذكْرِه يُظَنُّ منه إرادةُ الطَّلاقِ ، فإذا انْضَمَّ إلى ذلك مَجيئُه عَقِيبَ سؤالِ الطَّلاقِ ، أو فى حالِ الغضَبِ ، قَوِىَ الظَّنُّ ، فصار ظَنًّا غالبًا . ووَجْهُ الرِّوايةِ الأُخرَى ، أنَّ دَلالةَ الحالِ تُغيِّرُ حُكمَ الأقْوالِ والأفعالِ ؛ فإنَّ مَن قال لرجلٍ : يا عفيفُ [7]ابنَ العفيفِ[7] . حالَ تعْظيمِه ، كان مدحًا له ، وإن قالَه فى حالِ شَتْمِه وتَنَقُّصِه ، كان قَذْفًا وذَمًّا . ولو قال : إنَّه لا يَغْدُرُ بِذِمَّةٍ ، ولا يَظْلِمُ حبَّةَ خَرْدَلٍ ، وما أحدٌ أوْفَى ذِمَّةً منه . فى حال المَدْحِ ، كان مدحًا بليغًا ، كما قال حسّانُ[8] :

---

(5) فى الأصل : « ينو » .

(6) فى الأصل : « حجة » .

(7-7) سقط من : الأصل .

(8) كذا نسبه لحسان ، وليس فى ديوانه ، وهو لأنس بن زنيم ، فى السيرة ٤ / ٤٢٤ ، وله ولآخرين فى الإصابة ٣ / ٥ ، وفى زهر الآداب ٢ / ١٠٩٣ دون نسبة .

فما حَمَلَتْ مِن ناقةٍ فوقَ رَحْلِها   أبَرَّ وأوْفَى ذِمَّةً مِن مُحَمَّدِ

ولو قالَه[9] فى حال الذَّمِّ كان هجاءً قبيحًا ، كقول النَّجاشِيِّ[10] :

قَبيلَتُه لا يَغْدِرُونَ بِذِمَّةٍ   ولا يَظلمونَ النَّاسَ حَبَّةَ خَرْدَلِ

وقال آخرُ[11] :

كأنَّ ربِّىَ لم يَخلُقْ لخَشْيَتِه   سِواهُمُ مِن جَميعِ النَّاسِ إنسانَا

وهذا فى هذا الموضعِ هجاءٌ قَبِيحٌ وذمٌّ ، حتى حُكِىَ عن حسّانَ أنَّه قال : ما أراه إلا قد سَلَحَ عليهم[12] . ولولا القَرِينةُ ودَلالةُ الحالِ ، كان من أحْسَنِ المدحِ وأبلغِه . وفى /الأفْعالِ لو أن رجلًا قصدَ رجلًا بسيف ، والحالُ يدلُّ على المَزْحِ واللَّعِبِ ، لم يَجُزْ قتلُه ، ولو دلَّتِ الحالُ على الجِدِّ ، جازَ دفعُه بالقَتْلِ . والغضبُ هٰهُنا يَدلُّ على قَصْدِ الطَّلاقِ ، فيقومُ مَقامَه .

١٩٧/٧و

فصل : وإن أتى بالكنايةِ فى حالِ سُؤالِ الطَّلاقِ ، فالحُكمُ فيه كالحُكْمِ فيما إذا أتى بها فى حال الغضَبِ ، على ما فيه من الخلافِ والتَّفْصيلِ . والوَجْهُ لذلك ما تَقدَّمَ مِنَ التَّوْجيهِ ، إلَّا أنَّ المنصوصَ عن أحمدَ هٰهُنا ، أنَّه لا يُصدَّقُ فى عَدَمِ النِّيَّةِ ، قال ، فى روايةِ أبى الحارثِ : إذا قال : لم أنوِه . صُدِّقَ[13] فى ذلك ، إذا لم تَكُنْ سألَتْه الطَّلاقَ ، فإن كان بينهما غضَبٌ قبلَ ذلك ، فيُفرَّقُ بين كونِه جَوابًا للسُّؤالِ ، وكَوْنِه فى حال الغضَبِ ؛ وذلك لأنَّ الجوابَ يَنْصرِفُ إلى السُّؤالِ ، فلو قال : لى عندَك دينارٌ ؟ قال : نعم ، أو : صدَقْتَ . كان إقرارًا به ، ولم يُقبَلْ منه[14] تفسيرُه بغيرِ الإقْرارِ . ولو قال : زَوَّجتُك ابْنتِى

(٩) فى ا ، ب ، م : « قال » .

(١٠) قيس بن عمرو بن مالك ، والبيت ، فى : الشعر والشعراء ١ / ٣٣١ ، والعقد ٣ / ١٧ ، ٥ / ٣١٨ .

(١١) هو قُرَيط بن أُنَيف ، وهو رجل من بلعنبر بن تميم . الحماسة ١ / ٥٧ . والبيت فيها ١ / ٥٨ .

(١٢) أى أخرج نَجْوَ بطنه .

(١٣) فى ب ، م : « وصدق » .

(١٤) سقط من : ا .

أو بعْتُك[١٥] ثَوْبِي هذا . فقال : قَبِلتُ . صحَّ وكَفَى ، ولم يَحْتَجْ إلى زيادةٍ عليه . ولو أراد بالكنايةِ حالَ الغضَبِ ، أو سُؤالِ الطَّلاقِ غيرَ[١٦] الطَّلاقِ ، لم يَقَعِ الطَّلاقُ ؛ لأنَّه لو أرادَه بالصَّريحِ لم يَقَعْ ، فبالكنايةِ أوْلَى . وإذا ادَّعَى ذلك دِينَ . وهل يُقبَلُ فى الحُكْمِ ؟ فظاهرُ كلامِ أحمدَ ، فى روايةِ أبى الحارثِ ، أنَّه يُصَدَّقُ إن كان فى الغضَبِ ، ولا يُصَدَّقُ إن كان جَوابًا لسؤالِ الطَّلاقِ . ونُقِلَ عنه فى موضعٍ آخرَ ، أنَّه إذا قال : أنتِ خَلِيَّةٌ ، أو بريئةٌ ، أو بائنٌ . ولم يَكُنْ بينهما ذِكْرُ طلاقٍ ولا غضبٌ ، صُدِّقَ . فمَفْهومُه أنَّه لا يُصَدَّقُ مع وُجودِهما . وحُكِيَ هذا عن أبى حنيفةَ ، إلَّا فى الأربعةِ المذكورةِ . والصَّحيحُ أنَّه يُصَدَّقُ ؛ لما روَى سعيدٌ[١٧] بإسْنادِه ، أنَّ رجلًا خطبَ إلى قومٍ ، فقالوا : لا نُزَوِّجُك حتى تُطَلِّقَ امرأتَك . فقال : قد طَلَّقْتُ ثلاثًا . فزوَّجُوه ، ثم أمْسَكَ امرأتَه ، فقالوا : ألم تَقُلْ إنَّك طَلَّقتَ ثلاثًا ؟ قال : ألم تَعلمُوا أنِّى تَزوَّجْتُ فلانةَ وطَلَّقْتُها[١٨] ، ثم تَزوّجتُ فلانةَ وطَلَّقْتُها[١٩] ، ثم تَزوَّجتُ فلانةَ وطلَّقتُها[٢٠] ؟ فسُئِلَ عثمانُ عن ذلك ، فقال : له نِيَّته . ولأنَّه أمرٌ [٢١] تُعْتَبَرُ نِيَّته [٢١] فيه ، فقُبِلَ قولُه فيما يَحْتمِلُه ، كما لو كرَّرَ لَفْظًا ، وقال : أردتُ التَّوكيدَ .

١٢٥٩ – مسألة ؛ (قَالَ أَبُو عَبْدِ اللهِ : وَإِذَا قَالَ لَهَا : أَنْتِ خَلِيَّةٌ ، أَوْ أَنْتِ بَرِيَّةٌ ، أَوْ أَنْتِ بَائِنٌ ، أَوْ حَبْلُكِ عَلَى غَارِبِكِ ، أو الْحَقِى بِأَهْلِكِ . فَهُوَ عِنْدِى ثَلَاثٌ وَلَكِنِّى[١] أَكْرَهُ أَنْ أُفْتِيَ بِهِ ، سَوَاءٌ دَخَلَ بِهَا أَوْ لَمْ يَدْخُلْ)

---

(١٥) فى ب ، م : « وبعتك » .

(١٦) فى ب ، م : « وغير » .

(١٧) فى : باب الرجل يتزوج المرأة فيدخل عليها ومعها نساء فوقع على امرأة منهن . السنن ١/ ٢٥٠ .

(١٨) فى ا : « فطلقتها » . وفى ب ، م : « ثم طلقتها » .

(١٩) فى ا : « ثم طلقتها » .

(٢٠) فى الأصل : « فطلقتها » .

(٢١ – ٢١) فى ب ، م : « بنيته » .

(١) فى ب ، م : « ولكن » .

١٩٧/٧ظ / أكثرُ الرِّواياتِ عن أبى عبدِ اللهِ ، كَراهيةُ الفُتْيا فى هذه الكناياتِ ، مع مَيْلِه إلى أنَّها ثلاثٌ ، وحَكَى ابنُ أبى موسى ، فى « الإرْشادِ » عنه روايتيْنِ ؛ إحْداهما ، أنَّها ثلاثٌ . والثَّانيةُ ، يُرْجَعُ إلى ما نَواه . اختارَها أبو الخَطَّابِ . وهو مذهبُ الشَّافعىِّ ، قال : يُرْجَعُ إلى ما نَوَاهُ[٢] ، فإن لم يَنْوِ شيئًا وقَعتْ واحدةٌ . ونحوُه قولُ النَّخَعِىِّ ، إلَّا أنَّه قال : يَقَعُ طلقةٌ بائنةٌ ؛ لأنَّ لفظَه يَقْتَضِى البَيْنُونةَ ، ولا يَقْتضِى عَدَدًا . ورَوَى حَنْبَلٌ ، عن أحمدَ ، ما يَدلُّ على هذا ؛ فإنَّه قال : يَزِيدُها فى مهرِها إن أرادَ رَجْعتَها . ولو وقَعَ ثلاثًا لم يُبَحْ له رَجْعتُها ، ولو لم تَبِنْ لم يَحْتَجْ إلى زيادةٍ فى مَهْرِها . واحتجَّ الشَّافعىُّ بما رَوَى أبو داودَ[٣] بإسنادِه ، أنَّ رُكَانَةَ بنَ عبدِ يَزِيدَ طلَّقَ امرأتَه سُهَيْمَةَ الْبَتَّةَ ، فأخبرَ النَّبىَّ ﷺ بذلك ، وقال : واللهِ ما أردتُ إلَّا واحدةً . فقال رسولُ اللهِ ﷺ : « آللهِ ما أَرَدْتَ إلَّا وَاحِدَةً ؟ » فقال رُكانةُ : آللهِ ما أردتُ إلَّا واحدةً . فردَّها إليه رسولُ اللهِ ﷺ ، فطلَّقَها الثَّانيةَ فى زمنِ عمرَ ، والثَّالثةَ فى زمنِ عثمانَ . قال علىُّ بنُ محمدٍ الطَّنَافِسِىُّ : ما أشْرَفَ هذا الحديثَ . ولأنّ النَّبىَّ ﷺ قال لابنةِ الْجَوْنِ : « الْحَقِى بِأَهْلِكِ »[٤] . ولم يَكُنِ النَّبىُّ ﷺ لِيُطَلِّقَ ثلاثًا وقد نَهَى أُمَّتَه[٥] عن ذلك ، ولأنَّ الكناياتِ مع النِّيَّةِ كالصَّرِيحِ ، فلم يَقَعْ به عندَ الإطْلاقِ أكثرُ مِن واحدةٍ ، كقولِه : أنتِ طالقٌ . وقال الثَّورِىُّ ، وأصحابُ الرَّأْىِ : إن نَوَى ثلاثًا فثلاثٌ ، وإن نَوَى اثنتَيْنِ أو واحدةً وقَعت واحدةٌ ، ولا يَقعُ اثنتان ؛ لأنَّ الكنايةَ تَقْتضِى البَيْنُونةَ دونَ العَدَدِ ، والبَيْنُونةُ بَيْنُونَتانِ صُغْرَى وكُبْرَى ، فالصُّغْرَى بالواحدةِ ، والكُبْرَى بالثَّلاثِ ، ولو أوْقَعْنا اثنتَيْنِ كان مُوجِبُه العَدَدَ ، وهى لا تَقْتضِيه . وقال رَبيعةُ ،

---

(٢) فى ا ، ب ، م : « نوى » .
(٣) فى : باب فى البتة ، من كتاب الطلاق . سنن أبى داود ١ / ٥١١ .
كما أخرجه الترمذى ، فى : باب ما جاء فى الرجل يطلق امرأته البتة ، من كتاب الطلاق . عارضة الأحوذى ٥ / ١٣١ ، ١٣٢ . وابن ماجه ، فى : باب طلاق البتة ، من كتاب الطلاق . سنن ابن ماجه ١ / ٦٦١ .
(٤) أخرجه البخارى ، فى : باب من طلق وهل يواجه الرجل امرأته بالطلاق ، من كتاب الطلاق . صحيح البخارى ٧ / ٥٣ . والنسائى ، فى : باب مواجهة الرجل المرأة بالطلاق ، من كتاب الطلاق . المجتبى ٦ / ١٢٢ . وابن ماجه ، فى : باب ما يقع به الطلاق من الكلام ، من كتاب الطلاق . سنن ابن ماجه ١ / ٦٦١ . والإمام أحمد ، فى : المسند ٥ / ٣٣٩ .
(٥) سقط من : ب ، م .

ومالكٌ : يَقَعُ بها الثَّلاثُ ، وإن لم يَنْوِ إلَّا فى خُلعٍ أو قبلَ الدُّخولِ ، فإنَّها[٦] تَطْلُقُ واحدةً ؛ لأنَّها تَقْتضِى البَيْنُونةَ ، والبَيْنُونةُ تَحْصُلُ فى الخُلْعِ وقبلَ الدخولِ بواحدةٍ ، فلم يُزَدْ عليها ؛ لأنَّ اللَّفْظَ لا يَقْتضِى زيادةً عليها ، وفى غيرِهما يَقعُ الثَّلاثُ ضرورةَ أنَّ البَيْنُونةَ لا تَحْصُلُ إلَّا بها ، ووَجْهُ أنَّها ثلاثٌ أنَّه[٧] قولُ أصحابِ رسولِ اللهِ ﷺ ، فرُوِىَ عن علىٍّ ، وابنِ عمرَ ، وزيدِ بنِ ثابتٍ ، أنَّها ثلاثٌ . قال أحمدُ فى الخَلِيَّةِ والْبَرِيَّةِ والبتَّةِ : قولُ علىٍّ وابنِ عمرَ قولٌ صحيحٌ / ثلاثًا . وقال[٨] علىٌّ ، والحسنُ ، والزُّهْرِىُّ ، فى البائنِ : إنَّها ثلاثٌ . ١٩٨/٧و

ورَوَى النَّجَّادُ ، بإسنادِه عن نافعٍ ، أنَّ رجلًا جاء إلى عاصمٍ وابنِ الزُّبيرِ [فقال] : إنَّ ظِئْرِى هذا طلَّقَ امْرأتَه البَتَّةَ قبلَ أن يَدخلَ بها ، فهل تَجدانِ له رُخْصةً ؟ فقالا : لا ، ولكنَّا تَرَكْنا ابنَ عبَّاسٍ وأبا هُرَيْرَةَ عندَ عائشةَ ، فسَلْهُم ، ثم ارْجِعْ[٩] إلينا ، فأَخْبِرْنا . فسأَلهم ، فقال أبو هُرَيْرَةَ : لا تَحِلُّ له حتى تَنكِحَ زوجًا غيره . وقال ابنُ عبَّاسٍ : هى ثلاثٌ . وذَكَرَ عن عائشةَ مُتابعَتَهما[١٠] . ورَوَى النَّجَّادُ بإسْنادِه ، أنَّ عمرَ ، رَضِىَ اللهُ عنه ، جعل الْبَتَّةَ واحدةً ، ثم جعلَها بعدُ ثلاثَ تَطْليقاتٍ[١١] . وهذه أقوالُ عُلَماءِ الصَّحابةِ ، ولم يُعْرَف لهم مخالفٌ فى عصرِهم ، فكان إجماعًا ، ولأنَّه طلَّقَ امرأتَه بلفظٍ يَقْتضِى البَيْنُونةَ ، فوَجَبَ الحُكْمُ بطلاقٍ تَحصُلُ به البَيْنُونةُ ، كما لو طلَّقَ ثلاثًا ، أو نَوَى الثَّلاثَ ، واقْتضاؤُه للبَيْنُونةِ ظاهرٌ فى قولِه : أنتِ بائنٌ . وكذا فى قوله : البتَّةَ ؛ لأنَّ البَتَّ القَطْعُ ، فكأنَّه قطعَ النِّكاحَ كلَّه ، ولذلك يُعبَّرُ به عن الطَّلاقِ الثَّلاثِ ، كما قالتِ امرأةُ رِفاعةَ : إنَّ رِفاعةَ طلَّقَنى فبَتَّ طلاقى[١٢] . وبَتْلُه هو القطعُ أيضًا ؛ ولذلك قيل فى

---

(٦) فى الأصل : « فإنه » .

(٧) سقط من : الأصل .

(٨) من هنا إلى قوله : « متابعتهما » الآتى سقط من : الأصل .

(٩) فى ب ، م : « رجع » .

(١٠) وأخرجه ابن أبى شيبة ، فى : باب ما قالوا فى الرجل يطلق امرأته البتة ، من كتاب الطلاق . المصنف ٥ / ٦٧ .

(١١) تقدم تخريجه ، فى صفحة ٣٣٤ .

(١٢) تقدم تخريجه ، فى صفحة ٥٣ .

مريمَ : الْبَتُولُ ؛ لانْقطاعِها عن النِّكاحِ . ونَهَى النَّبىُّ ﷺ عن التَّبَتُّلِ ، وهو الانْقِطاعُ عَنِ النِّكاحِ بالكُلِّيَّةِ . وكذلك الخَلِيَّةُ والبَرِيَّةُ يَقْتضِيانِ الخُلُوَّ مِنَ النِّكاحِ والبَراءةَ منه ، وإذا كان للَّفظِ[13] معنًى ، فاعتبرَه الشَّرْعُ ، إنَّما يُعتبَرُ[14] فيما يَقْتضِيه ويُؤدِّى مَعْناه ، ولا سبيلَ إلى البَيْنُونةِ بدونِ الثَّلاثِ ، فوقَعتْ ضرورةَ الوفاءِ بما يَقْتضِيه لفظُه ، ولا يُمْكِنُ إيقاعُ واحدةٍ بائنٍ ؛ لأنَّه لا يَقْدِرُ على ذلك بصريحِ الطَّلاقِ ، فكذلك بكناياتِه . ولم يُفرِّقُوا[15] بين المدْخُولِ بها وغيرِها ؛ لأنَّ الصَّحابةَ لم يُفرِّقُوا ، ولأنَّ كلَّ لفظةٍ أوْجَبتِ الثَّلاثَ فى المدخولِ بها ، أوجبَتْها فى غيرِها ، كقوله : أنتِ طالقٌ ثلاثًا . فأمَّا حديثُ رُكَانَةَ ؛ فإنَّ أحمدَ ضعَّفَ إسنادَه ، فلذلك تَرَكَه . وأما قولُه ﷺ لابْنةِ الجَوْنِ : « الْحَقِى بأَهْلِكِ » . فيَدلُّ على أنَّ هذه اللَّفظةَ لا تَقْتضِى الثَّلاثَ ، وليست مِنَ اللَّفظاتِ التى قال الصَّحابةُ فيها بالثَّلاثِ ، ولا هى مثلُها ، فيُقصَرُ[16] الحُكمُ عليها[17] . وقولُهم : إنَّ الكنايةَ بالنِّيَّةِ كالصَّريحِ . قُلْنا : نعم ، إلَّا أنَّ الصَّريحَ يَنْقسِمُ إلى ثلاثٍ تَحصُلُ بها[18] البَيْنُونةُ ، وإلى ما دونَها ممَّا لا تَحْصُلُ به البَيْنُونةُ ، فكذلك الكنايةُ تَنقسِمُ كذلك ، فمنها ما يَقومُ مَقامَ الصَّريحِ المُحَصِّلِ للبَيْنُونةِ ، وهو هذه الظَّاهرةُ ، ومنها ما يَقومُ مَقامَ الواحدةِ ، وهو ما عَداها ، واللهُ أعلمُ .

فصل : وذكَرَ القاضى أنَّ ظاهرَ كلامِ أحمدَ ، والخِرَقِىِّ ؛ أنَّ الطَّلاقَ يَقعُ بهذه الكناياتِ من غيرِ نِيَّةٍ ، كقولِ مالكٍ ؛ لأنَّه اشتَهَرَ استعمالُها فيه ، فلم تَحْتَجْ إلى نِيَّةٍ كالصَّريحِ . ومفهومُ كلامِ الْخِرَقِىِّ أنَّه لا يَقَعُ إلَّا / بنيَّةٍ ؛ لقوله : وإذا أتى بصريحِ الطَّلاقِ ١٩٨/٧ظ

---

(١٣) فى ب ، م : « اللفظ » .
(١٤) فى ا : « يعتبره » .
(١٥) فى الأصل : « يفرق » .
(١٦) فى ا : « فيقتصر » .
(١٧) فى ب ، م : « عليهم » .
(١٨) فى الأصل : « لها » .

وقعَ ، نَواه أو لم يَنْوِه . فمفهومُه أنَّ غيرَ الصَّرِيح لا يَقعُ إلَّا بنيَّةٍ ، ولأنَّ هذا كناية ، فلم يَثْبُتْ حُكمُه بغيرِ نيَّةٍ ، كسائرِ الكناياتِ .

فصل : والكنايةُ[١٩] ثلاثةُ أقسامٍ ؛ ظاهرةٌ ، وهى ستَّةُ ألفاظٍ ؛ خَلِيَّةٌ ، وبَرِيَّةٌ ، وبائنٌ ، وبَتَّةٌ ، وبَتْلَةٌ ، وأمرُك بيدِك . والحُكمُ فيها ما بيَّنَّاه فى هذا[٢٠] الفصلِ . وإن قال : أنتِ طالقٌ بائنٌ ، أو البَتَّةَ . فكذلك إلَّا أنَّه لا يَحْتاجُ إلى نِيَّةٍ ؛ لأنَّه وَصَفَ بها الطَّلاقَ الصَّرِيحَ . وإن قال : أنتِ طالقٌ لا رَجْعَةَ لى عليك . وهى مَدْخولٌ بها ، فهى ثلاثٌ . قال أحمدُ : إذا قال لامرأتِه : أنتِ طالقٌ لا رجعةَ فيها ، ولا مَثْنَوِيَّةَ . هذه مثلُ الخَلِيَّةِ والبَرِيَّةِ ثلاثًا ، هكذا هو عندى. وهذا قولُ أبى حنيفةَ. وإن قال: ولا رَجْعَةَ لى فيها. بالواوِ ، فكذلك . وقال أصحابُ أبى حنيفةَ : تَكونُ رَجْعِيَّةً ؛ لأنَّه لم يَصِفِ الطَّلْقَةَ بذلك ، وإنَّما عطَفَ عليها . ولَنا ، أنَّ الصِّفةَ تَصِحُّ مع العطفِ ، كما لو قال : بِعْتُك بعشرةٍ وهى مَغرِبيَّةٌ . صحَّ ، وكان صِفةً للثَّمَنِ . قال اللهُ تعالى : ﴿ إِلَّا ٱسْتَمَعُوهُ وَهُمْ يَلْعَبُونَ ﴾[٢١] . وإن قال : أنتِ طالقٌ واحدةً بائنًا ، أو واحدةً بَتَّةً . ففيها ثلاثُ رواياتٍ ؛ إحداهُنَّ[٢٢] ، أنَّها واحدةٌ رَجْعيَّةٌ ، ويَلْغُو ما بعدَها . قال أحمدُ : لا أعْرِفُ شيئًا مُتَقدِّمًا ، إن [٢٣]نَوَى واحدةً[٢٣] تَكونُ بائنًا . وهذا مذهبُ الشَّافعىِّ ؛ لأنَّه وصفَ الطَّلْقَةَ بما لا تَتَّصِفُ به ، فلغتِ الصِّفةُ ، كما لو قال : أنتِ طالقٌ طَلقةً لا تَقعُ عليك . والثَّانية : هى ثلاثٌ . قالَه أبو بكرٍ ، وقال : هو قولُ أحمدَ ؛ لأنَّه أتى بما يَقْتضِى الثَّلاثَ ، فوقعَ ، ولَغَا قولُه : واحدةً. كما لو قال: أنت طالقٌ [٢٤]واحدةً ثلاثًا[٢٤] . والثَّالثةُ ، رَواها حَنْبَلٌ عن

---

(١٩) فى ا : « والكنايات » .

(٢٠) سقط من : الأصل .

(٢١) سورة الأنبياء ٢ .

(٢٢) فى الأصل : « إحداها » .

(٢٣-٢٣) فى الأصل ، ا : « نواحده » .

(٢٤-٢٤) سقط من : ب ، م .

أحمدَ ، إذا طلَّقَ امرأتَه واحدةً البَتَّةَ ، فإنَّ أمرَها بيدِها ، يَزِيدُها فى مَهْرِها إن أرادَ رَجْعتَها . فهذا يَدلُّ على أنَّه أوقعَ بها واحدةً بائنًا ؛ لأنَّه جعل أمرَها بيَدِها ، ولو كانت رَجْعِيَّةً لما جعلَ[٢٥] أمرَها بيَدِها ، ولا احْتاجتْ إلى زيادةٍ فى مَهْرِها ، ولو وقعَ ثلاثٌ لمَا حلَّتْ له رَجْعتُها . وقال أبو الخَطَّابِ : هذه الرِّوايةُ تُخَرَّجُ فى جميعِ الكناياتِ الظَّاهرةِ ، فيكونُ ذلك مثلَ قولِ إبراهيمَ النَّخَعِىِّ . ووَجْهُه أنَّه أوْقَعَ الطَّلاقَ بصِفَةِ البَيْنُونةِ ، فوقعَ على ما أوْقعَه ، ولم يَزِدْ على واحدةٍ ؛ لأنَّ لفظَه لم يَقْتضِ عددًا ، فلم يَقَعْ أكثرُ من واحدةٍ ، كما لو قال : أنتِ طالقٌ . وحملَ القاضى روايةَ حَنْبَلٍ على أنَّ ذلك بعدَ انْقضاءِ العِدَّةِ . القسمُ الثَّانى ، مُخْتَلَفٌ فيها ، وهى ضَرْبانِ / ؛ مَنْصوصٌ عليها ، وهى عشرةٌ[٢٦] ؛ الْحَقِى بأهلِك . وحبلُك على غارِبك . ولا سبيلَ لى عليك . وأنتِ علىَّ حَرَجٌ . وأنتِ علىَّ حَرَامٌ . واذْهبى فتزوَّجى مَن شِئْتِ . وغَطِّى شَعْرَك . وأنتِ حُرَّةٌ . وقد أعتقتُك . فهذه عن أحمدَ فيها روايتانِ ؛ إحداهما ، أنَّها ثلاثٌ . والثَّانيةُ ، تَرْجِعُ إلى ما نَوَاه ، وإن لم يَنْوِ شيئًا ، فواحدةٌ ، كسائرِ الكناياتِ . والضَّرْبُ الثَّانى ، مَقِيسٌ على هذه ، وهى اسْتَبْرِئى رَحِمَك . وحَلَلْتِ للأزْواجِ . وتَقَنَّعِى . ولا سلطانَ لى عليك . فهذه فى معنى المنصوصِ عليها ، فيكونُ حُكْمُها حُكْمَها . والصَّحيحُ فى قوله : الْحَقِى بأهْلِك . أنَّها واحدةٌ ، ولا تَكونُ ثلاثًا إلَّا بنِيَّةٍ ؛ لأنَّ النَّبِىَّ ﷺ قال لابْنةِ الجَوْن : « الْحَقِى بِأَهْلِكِ » . مُتَّفَقٌ عليه[٢٧] ، ولم يَكُنِ النَّبىُّ ﷺ لِيُطلِّقَ ثلاثًا وقد نَهَى أُمَّتَه عن ذلك . قال الأثْرَمُ : قلتُ لأبى عبدِ اللهِ : إنَّ النَّبىَّ ﷺ قال لابْنةِ الجَوْنِ : « الْحَقِى بِأَهْلِكِ » . ولم يَكُنْ طلاقًا غيرَ هذا ، ولم يَكُنِ النَّبىُّ ﷺ لِيُطلِّقَ ثلاثًا ، فيكونَ غيرَ طلاقِ السُّنَّةِ . فقال : لا أدْرِى . وكذلك قولُه : اعْتَدِّى واسْتَبْرِئى رَحِمَك . لا يَخْتَصُّ الثَّلاثَ ؛ فإنَّ ذلك يَكونُ مِنَ الواحدةِ ، كما يكونُ مِنَ الثَّلاثِ . وقد رَوَى أبو هُرَيْرَةَ عن رسولِ اللهِ ﷺ ، أنَّه قال

١٩٩/٧و

---

(٢٥) فى ا ، ب ، م : « كان » .

(٢٦) فى حاشية م إشارة إلى أنه لم يذكر غير تسعة .

(٢٧) تقدم تخريجه فى المسألة نفسها . وذكر المصنف أنه متفق عليه ، ولم يخرجه مسلم ، انظر : إرواء الغليل ٧ / ١٤٥ ، ١٤٦ .

لسَوْدَةَ ابنـةِ زَمْعَـةَ : « اعْتَـدِّى » ، فجعلَهـا تطليقـةً[٢٨] . ورَوَى هُشَيـمٌ ، أنبأنـا الأعْمَشُ ، عن المِنْهالِ بنِ عمرٍو ، أنَّ نُعَيمَ بنَ دَجَاجَةَ الأَسَدِىَّ طلَّقَ امرأتَه تطليقتَيْنِ ، ثم قال : هى علىَّ حَرَجٌ . وكتبَ فى ذلك إلى عمرَ بنِ الخطَّابِ ، فقال : أَمَا إنَّها ليستْ بأهْونِهنَّ[٢٩] . وأمَّا سائرُ اللَّفظـاتِ ، فإن قُلْنـا : هى ظاهـرةٌ ؛ فلأنَّ معناهـا معنـى الظَّاهرةِ ، فإنَّ قولَه : لا سبيلَ لى عليك ، ولا سلطانَ لى عليك . إنَّما يَكونُ فى المَبْتُوتةِ ، أمَّا الرَّجْعيَّةُ فله عليها سبيلٌ وسلطانٌ . وقوله : أنتِ حُرَّةٌ ، أو أعتقتُك . يَقْتضِى ذَهابَ الرِّقِّ عنها ، وخُلوصَها منه ، والرِّقُّ هـٰهُنا النِّكاحُ . وقولُه : أنتِ حَرامٌ . يَقْتضِى بَينُونَتَها منه ؛ لأنَّ الرَّجْعيَّةَ[٣٠] غيرُ مُحَرَّمةٍ . وكذلك : حَلَلْتِ للأزْواجِ ، لأنَّك بِنْتِ منِّـى . وكذلك سائرُها . وإن قُلْنا : هى واحدةٌ[٣١] . فلأنَّها مُحْتمِلَةٌ ، فإنَّ قولَـه : حَلَـلْتِ للأزْواجِ . أى بعدَ انْقِضاءِ عِدَّتِك ، إذ لا يُمْكِنُ حِلُّها قبلَ ذلك ، والواحدةُ تُحِلُّها . وكذلك[٣٢] : أنكِحِى مَن شِئْتِ . وسائرُ الألفاظِ/ ، يَتحقَّقُ مَعْناها بعدَ قَضاءِ عِدَّتِها . ‏٧/١٩٩ظ

القسمُ الثَّالثُ ، الْخَفِيَّةُ نحوُ : اخْرُجِى . واذْهَبِـى . وذُوقِـى . وتَجرَّعِـى . وأنتِ مُخَلَّاةٌ . واخْتارِى . ووَهَبْتُك لأهلِك . وسائرُ ما يَدلُّ على الفُرْقةِ ، ويُـؤَدِّى معنـى الطَّلاقِ سِوَى ما تقدَّمَ ذكرُه ، فهذه ثلاثٌ إن نَوَى ثلاثًا ، واثنتانِ إن نَوَاهما ، وواحدةٌ إن نَوَاها أو أطْلَقَ . قال أحمدُ : ما ظهرَ مِن الطَّلاقِ فهو على ما ظهرَ ، وما عَنَى به الطَّلاقَ فهو على ما عَنَى ، مثلُ : حَبْلُك على غاربِكِ . إذا نَوَى واحدةً ، أو اثنتينِ ، أو ثلاثًا ،

---

(٢٨) أخرجه البيهقى ، فى : باب ما جاء فى كنايات الطلاق ... ، من كتاب الخلع والطلاق . السنن الكبرى ٧ / ٣٤٣ .

(٢٩) أخرجه عبد الرزاق ، فى : باب طلاق الحرج ، من كتاب الطلاق . المصنف ٦ / ٣٦٥ ، ٣٦٦ . وسعيد بن منصور ، فى : باب ما جاء فى الرجل إذا لم يجد ما ينفق على امرأته ، من كتاب الطلاق . السنن ٢ / ٥٦ . وابن أبى شيبة ، فى : باب الرجل يقول لامرأته : أنت على حرج . من كتاب الطلاق . المصنف ٥ / ٧١ .

(٣٠) فى ا : « الرجعة » .

(٣١) فى الأصل زيادة : « قلنا » .

(٣٢) سقط من : ب ، م .

فهو على ما نَوَى ، ومثلُ : لا سبيلَ لى عليك . وإذا نصَّ فى هاتَيْنِ على أنَّه يُرْجَعُ إلى نيَّته ، فكذلك سائرُ الكناياتِ . وهذا قولُ الشَّافعىِّ . وقال أبو حنيفةَ : لا يَقَعُ اثنتانِ ، وإن نَوَاهما وقَعَ واحدةٌ . وقد تقدّمَ ذكرُ ذلك . وإن قال : أنتِ واحدةٌ . فهى كنايةٌ خَفِيَّةٌ ، لكنَّها لا تَقعُ بها إلَّا واحدةٌ . وإن نَوَى ثلاثًا ؛ لأنَّها لا تَحْتمِلُ غيرَ الواحدةِ . وإن قال : أغْناكِ اللهُ . فهى كنايةٌ خَفِيَّةٌ ؛ لأنَّه يَحْتَمِلُ : أغناكِ اللهُ بالطَّلاقِ . لقولِ اللهِ تعالى : ﴿ وَإِن يَتَفَرَّقَا يُغْنِ ٱللَّهُ كُلًّا مِّن سَعَتِهِ ﴾[٣٣] .

فصل : والطَّلاقُ الواقعُ بالكناياتِ رَجْعِىٌّ ، ما لم يَقَعِ الثلاثُ ، فى ظاهرِ المذهبِ . وهو قولُ الشَّافعىِّ . وقال أبو حنيفةَ : كلُّها بَوائنُ ، إلَّا : اعْتَدِّى . واستبرِئى رَحِمَك . وأنتِ واحدةٌ ؛ لأنَّها تَقْتضِى البَيْنونةَ ، فتقَعُ البَيْنُونةُ ، كقوله : أنتِ طالقٌ ثلاثًا . ولَنا ، أنَّه طلاقٌ صادَفَ مَدْخُولًا بها من غيرِ عِوَضٍ ، ولا اسْتيفاءِ عِدَدٍ ، فوَجَبَ أن يكونَ رَجْعِيًّا ، كصريحِ الطَّلاقِ ، وما سلَّمُوه مِنَ الكناياتِ . وقولُهم : إنَّها تَقْتضِى البَيْنُونةَ قُلْنا : فينْبغِى أن تَبينَ بثلاثٍ ؛ لأنَّ المدخولَ بها لا تَبِينُ إلَّا بثلاثٍ أو عِوَضٍ .

فصل : فأمَّا ما لا يُشْبِهُ الطَّلاقَ ، ولا يَدُلُّ على الفِراقِ ، كقولِه : اقْعُدِى . وقُومِى . وكُلِى . واشْرَبِى . واقْرُبِى . وأَطْعِمِينى . واسْقِينى . وبارَكَ اللهُ عليك . وغفرَ اللهُ لك . وما أحسنَكِ . وأشباهِ ذلك ، فليس بكنايةٍ ، ولا تَطْلُقُ به ، وإن نَوَى ؛ لأنَّ اللَّفظَ لا يَحْتمِلُ الطَّلاقَ ، فلو وقَعَ الطَّلاقُ به لَوقَعَ[٣٤] بمُجرَّدِ النِّيَةِ ، وقد ذكَرْنا أنَّه لا يَقَعُ بها . وبهذا قال أبو حنيفةَ . واختلَف أصْحابُ الشَّافعىِّ فى قولِه : كُلِى . واشْرَبِى . فقال بعضُهم كقَوْلنا ، وقال بعضُهم : هو كنايةٌ ؛ لأنَّه يَحْتمِلُ : كُلِى ألَمَ الطَّلاقِ . واشْرَبِى كأسَ الفِراقِ . فوقعَ به ، كقولنا[٣٥] : ذُوقِى ، / وتَجرَّعِى . ولَنا ، أنَّ هذا اللَّفظَ ٧/٢٠٠ و

---

(٣٣) سورة النساء ١٣٠ .

(٣٤) سقط من : الأصل ، ب ، م .

(٣٥) فى الأصل : « كقوله »

لا يُسْتعمَلُ بمُفْردِه إلَّا فيما لا ضَرَرَ فيه ، كنَحْوِ قولِه تعالى : ﴿ كُلُواْ وَٱشْرَبُواْ هَنِيٓـًٔا بِمَا كُنتُمْ تَعْمَلُونَ ﴾[٣٦] . وقال : ﴿ فَكُلُوهُ هَنِيٓـًٔا مَّرِيٓـًٔا ﴾[٣٧] . فلم يكُنْ كنايةً ، كقوله : أطْعِمينى . وفارقَ : ذُوقى . وتَجرَّعِى ؛ فإنَّه يُستعمَلُ فى المَكارِهِ ، كقولِ اللهِ تعالى : ﴿ ذُقْ إِنَّكَ أَنتَ ٱلْعَزِيزُ ٱلْكَرِيمُ ﴾[٣٨] . ﴿ وَذُوقُواْ عَذَابَ ٱلْحَرِيقِ ﴾[٣٩] . و ﴿ ذُوقُواْ مَسَّ سَقَرَ ﴾[٤٠] . وكذلك التَّجرُّعُ ، قال اللهُ تعالى : ﴿ يَتَجَرَّعُهُۥ وَلَا يَكَادُ يُسِيغُهُۥ ﴾[٤١] . فلم يَصِحَّ أن يلحَقَ بهما ما ليس مثلَهما .

فصل : فإن قال : أنا منكِ طالقٌ . أو جعلَ أمْرَ امرأتِه بيدِها ، فقالتْ : أنتَ طالقٌ . لم تَطْلُقْ زوجتُه . نَصَّ عليه ، فى روايةِ الأثْرَمِ . وهو قولُ ابنِ عبَّاسٍ ، والثَّورِىِّ ، وأبى عُبَيدٍ ، وأصْحابِ الرَّأْىِ ، وابنِ المُنْذِرِ . ورُوِىَ ذلك عن عثمانَ بنِ عفانَ ، رَضِىَ اللهُ عنه . وقال مالكٌ ، والشَّافعىُّ : تَطْلُقُ إذا نَوَى به الطَّلاقَ . ورُوِىَ نحوُ ذلك عن عمرَ ، وابنِ مسعودٍ ، وعَطاءٍ ، والنَّخَعِىِّ ، والقاسمِ ، وإسْحاقَ ؛ لأنَّ الطَّلاقَ إزالةُ النِّكاحِ ، وهو مُشْتَرَكٌ بينهما ، فإذا صَحَّ فى أحدِهما صحَّ فى الآخرِ . ولا خِلافَ فى أنَّه لا يَقعُ به الطَّلاقُ مِن غيرِ نِيَّةٍ . ولَنا ، أنَّه مَحَلٌّ لا يَقعُ الطَّلاقُ بإضافتِه إليه مِن غيرِ نيَّةٍ ، فلم يَقَعْ وإن نَوَى ، كالأجنبىِّ ، ولأنَّه لو قال : أنا طالقٌ . ولم يَقُلْ : منكِ . لم يَقَعْ ، ولو كان مَحَلًّا للطَّلاقِ لوقَعَ[٤٢] بذلك ، كالمرأةِ ، ولأنَّ الرَّجلَ مالكٌ فى النِّكاحِ ، والمرأةَ مَمْلوكةٌ ، فلم يَقعْ إزالةُ المِلْكِ بإضافةِ الإزالةِ إلى المالكِ ، كالعِتْقِ ، ويَدلُّ على[٤٣] هذا أنَّ الرَّجلَ لا يُوصَفُ بأنَّه مُطلَّقٌ ، بخلافِ المرأةِ . وجاء رجلٌ إلى ابنِ عبّاسٍ فقال : ملَّكتُ امرأتِى أمْرَها ، فطَلَّقَتْنى

---

(٣٦) سورة الطور ١٩ .

(٣٧) سورة النساء ٤ .

(٣٨) سورة الدخان ٤٩ .

(٣٩) سورة الأنفال ٥٠ .

(٤٠) سورة القمر ٤٨ .

(٤١) سورة إبراهيم ١٧ .

(٤٢) فى الأصل : « وقع » .

(٤٣) سقط من : الأصل ، ب ، م .

ثلاثًا . فقال ابنُ عبَّاسٍ : خَطَّأَ اللهُ نَوْءَهَا[٤٤] ، إنَّ الطَّلاقَ لكَ وليس لها عليك . رواه أبو عُبَيْدٍ[٤٥] ، والأَثْرَمُ ، واحْتجَّ به أحمدُ .

فصل : وإن قال : أنا منكِ بائنٌ . أو برىءٌ . فقد تَوَقَّفَ أحمدُ فيه . قال أبو عبدِ اللهِ ابنُ حامدٍ : يَتَخَرَّجُ على وَجْهين ؛ أحدُهما ، لا يَقعُ ؛ لأنَّ الرَّجلَ مَحَلٌّ لا يَقعُ الطَّلاقُ بإضافةِ صريحِه إليه ، فلم يَقَعْ بإضافةِ كنايتِه إليه ، كالأَجْنَبىِّ . والثَّانى ، يَقعُ ؛ لأنَّ لفظَ البَيْنُونةِ والبَراءةِ يُوصَفُ بهما كلُّ واحدٍ مِنَ الزَّوجَيْنِ ، يُقالُ : بانَ منها / ، وبانت منه . وبَرِىءَ منها ، وبَرِئَتْ منه . وكذلك لفظُ الفُرقةِ يُضافُ إليهما ، قال اللهُ تعالى : ﴿ وَإِن يَتَفَرَّقَا يُغْنِ ٱللَّهُ كُلًّا مِّن سَعَتِهِ ﴾ . وقال تعالى : ﴿ يُفَرِّقُونَ بِهِ بَيْنَ ٱلْمَرْءِ وَزَوْجِهِ ﴾[٤٦] . ويُقالُ : فارقَتْه المرأةُ وفارقَها . ولا يُقالُ : طلَّقتْه . ولا سَرَّحَتْه . ولا تَطلَّقا . ولا تَسرَّحا . وإن قال : أنا بائنٌ . ولم يَقُلْ : منك . فذكَر القاضى فيما إذا قال لها : أمرُكِ بيدِك . فقالتْ : أنتَ بائنٌ . ولم تَقُلْ : منِّى . أنَّه لا يَقعُ ، وجهًا واحدًا . وإن قالت : أنا بائنٌ . ونَوتْ ، وقعَ . وإن قالت : أنتَ منِّى بائنٌ . فعلى الوَجْهينِ ، فيُخَرَّجُ هٰهُنا مثلُ ذلك .

٢٠٠/٧ ظ

١٢٦٠ – مسألة؛ قال: (وَإِذَا أَتَى بِصَرِيحِ الطَّلَاقِ ، لَزِمَهُ ، نَوَاهُ ، أَوْ لَمْ يَنْوِهِ)

قد ذكَرْنا أنَّ صَرِيحَ الطَّلاقِ لا يَحْتاجُ إلى نِيَّةٍ ، بل يَقعُ مِن غيرِ قَصْدٍ ، ولا خلافَ فى

---

(٤٤) أى : أخطأها المطر . دعاء عليها . وانظر : غريب الحديث ، لأبى عبيد ٤ / ٢١١ .

(٤٥) فى : غريب الحديث ٤ / ٢١٠ ، ٢١١ .

كما أخرجه البيهقى ، فى : باب المرأة تقول فى التمليك : طلقتك . وهى تريد الطلاق ، من كتاب الخلع والطلاق . السنن الكبرى ٧ / ٣٤٩ ، ٣٥٠ . وعبد الرزاق ، فى : باب المرأة تملك أمرها ... ، من كتاب الطلاق . المصنف ٦ / ٢٢١ ، ٢٢٢ . وسعيد بن منصور ، فى : باب الرجل يجعل أمر امرأته بيدها ، من كتاب الطلاق . السنن ١ / ٣٧٧ . وابن أبى شيبة ، فى : باب ما قالوا فيه إذا جعل أمر امرأته بيدها ... ، من كتاب الطلاق . المصنف ٥ / ٥٧ ، ٥٨ .

(٤٦) سورة البقرة ١٠٢ .

ذلك . ولأنَّ ما يُعتبَرُ له القَوْلُ يُكْتَفَى فيه به ، مِن غيرِ نِيَّةٍ ، إذا كان[1] صريحًا فيه ، كالبيعِ . وسواءٌ قَصَدَ المَزْحَ أو الجِدَّ ؛ لقولِ النَّبيِّ ﷺ : « ثَلَاثٌ جِدُّهُنَّ جِدٌّ وَهَزْلُهُنَّ جِدٌّ ؛ النِّكَاحُ ، وَالطَّلَاقُ ، وَالرَّجْعَةُ » . رواه أبو داودَ ، والتِّرمذيُّ[2] ، وقال : حديثٌ حَسَنٌ . قال ابنُ المُنْذِرِ : أجْمَعَ كُلُّ[3] مَن أحفظُ عنه من أهلِ العلمِ ، على أنَّ جِدَّ الطَّلاقِ وهَزْلَه سواءٌ . رُوِيَ هذا عن عمرَ بنِ الخطَّابِ ، وابنِ مسعودٍ . ونحوُه عن عَطاءٍ ، وعَبِيدَةَ[4] . وبه قال الشَّافعيُّ ، وأبو عُبَيدٍ . قال أبو عُبَيْدٍ : وهو قولُ سفيانَ ، وأهلِ العراقِ . فأمَّا لفظُ الفِراقِ والسَّراحِ ، فيَنْبَنِي على الخلافِ فيه ؛ فَمَنْ جعله صَريحًا أوقعَ به الطَّلاقَ مِن غيرِ نِيَّةٍ ، ومَن لم يَجْعلْه صريحًا لم يُوقِعْ به الطَّلاقَ حتى يَنْوِيَه ، ويَكونُ بمنزلةِ الكناياتِ الخَفِيَّةِ .

فصل : فإن قال الأعْجَمِيُّ لامرأتِه : أنتِ طالقٌ ، ولا يَفْهَمُ معناه ، لم تَطْلُقْ ؛ لأنَّه ليس بمُخْتارٍ للطَّلاقِ ، فلم يَقَعْ طلاقُه ، كالمُكْرَهِ . فإن نَوَى مُوجبَه عندَ أهلِ العربيَّةِ ، لم يَقَعْ أيضًا ؛ لأنَّه لا يَصحُّ منه اخْتيارُ ما لا يَعلمُه ، ولذلك لو نطقَ بكلمةِ الكُفْرِ مَنْ لا يَعلمُ معناها لم يَكْفُرْ . ويَحْتمِلُ أن تَطْلُقَ إذا نَوَى مُوجَبَها ؛ لأنَّه لَفَظَ بالطَّلاقِ ناوِيًا مُوجِبَه ، فأشْبَهَ العربيَّ . وكذلك الحُكمُ إذا قال العربيُّ : بهشتم . وهو لا يَعلمُ معناها .

فصل : فإن قال لزوجتِه وأجْنبيَّةٍ : إحداكما طالقٌ . أو قال لحَماتِه : ابنتُك طالقٌ . ولها / بنتٌ سِوَى امرأتِه . أو كان اسمُ زوجتِه زينبُ ، فقال : زينبُ طالقٌ . طَلُقَتْ زوجتُه ؛ لأنَّه لا يَمْلِكُ طلاقَ غيرِها . فإن قال : أرَدْتُ الأجْنبِيَّةَ . لم يُصَدَّقْ . نَصَّ عليه

٢٠١/٧و

---

(١) في ب ، م : « كانت » .

(٢) أخرجه أبو داود في : باب في الطلاق على الهزل ، من كتاب النكاح . سنن أبي داود ١ / ٥٠٧ . والترمذي ، في : باب ما جاء في الجد والهزل في الطلاق ، من كتاب الطلاق . عارضة الأحوذي ٥ / ١٥٦ ، ١٥٧ .

كما أخرجه ابن ماجه ، في : باب من طلق أو نكح أو راجع لاعبا ، من كتاب الطلاق . سنن ابن ماجه ١ / ٦٥٨ .

(٣) سقط من : ا ، ب ، م .

(٤) أي : السلماني . وتقدم في : ١ / ٩٣ .

أحمدُ ، فى رجلٍ تَزوَّجَ امرأةً ، فقال لحَماتِه : ابنتُك طالقٌ . وقال : أردتُ ابنتَك الأُخْرَى ، التى ليست بزوجتى[(٥)] ، فقال : يَحْنَثُ ، ولا يُقبَلُ منه . وقال ، فى روايةِ أبى داودَ ، فى رجلٍ له امرأتانِ ، اسْماهما فاطمة ، فماتَتْ إحداهما ، فقال : فاطمةُ طالقٌ . يَنْوِى المَيِّتَةَ ، فقال : المَيِّتةُ تَطْلُقُ ! قال أبو داودَ : كأنَّه لا يُصَدِّقُه فى الحُكْمِ . وقال القاضى ، فيما إذا نظرَ إلى امرأتِه ، وأجنبيَّةٍ ، فقال : إحداكما طالقٌ . وقال : أَرَدْتُ الأَجْنبيَّةَ . فهل يُقبَلُ ؟ على رِوَايتَيْنِ . وقال الشَّافعيُّ : يُقْبَلُ هٰهُنا ، ولا يُقبَلُ فيما إذا قال : زينبُ طالقٌ . وقال : أردتُ أَجْنبِيَّةً اسمُها زينبُ . لأنَّ زينبَ لا يَتناوَلُ الأَجْنبِيَّةَ بصَرِيحِه ، بل مِن جهةِ الدَّليلِ ، وقد عارضَه دليلٌ آخرُ - وهو أنَّه لا يُطلِّقُ غيرَ زوجتِه - أظهرُ ، فصارَ اللَّفظُ فى زَوْجتِه أظهرَ ، فلم يُقبَلْ خلافُه ، أمَّا إذا قال : إحْداكما[(٦)] . فإنَّه يَتناوَلُ الأَجْنبيَّةَ بصَرِيحِه . وقال أصحابُ الرَّأْىِ ، وأبو ثورٍ : يُقْبَلُ فى الجميعِ ؛ لأنَّه فسَّرَ كلامَه بما يَحْتمِلُه . ولَنا ، أنَّه لا يَحْتَمِلُ غيرَ امرأتِه على وجهٍ صحيحٍ ، فلم يُقبَلْ تفسيرُه بها ، كما لو فسَّرَ كلامَه بما لا يَحْتمِلُه ، وكما لو قال : زينبُ طالقٌ . عندَ الشَّافعيِّ ، وما ذكروه من الفَرْقِ لا يَصِحُّ ، فإنَّ إحداكما ليس بصَرِيحٍ فى واحدةٍ منهما ، إنَّما يَتناوَلُ واحدةً لا بعَيْنِها ، وزينبُ يتَناوَلُ واحدةً [(٧)]من الزَّيانِبِ[(٧)] لا بعَيْنِها ، ثم تعيَّنَتِ الزَّوجةُ لكَوْنِها مَحَلَّ الطَّلاقِ ، وخِطابُ غيرِها به عَبَثٌ ، كما إذا قال : إحْداكما طالقٌ . ثم لو تناوَلَها بصريحِه لكنَّه صرفَه عنها دليلٌ ، فصار ظاهرًا فى غيرِها ، ولمَّا قال النَّبىُّ ﷺ للمُتَلاعِنَيْنِ : « أَحَدُكُمَا كَاذِبٌ »[(٨)] . لم يَنْصرِفْ إلَّا إلى الكاذبِ منهما وحدَه ، ولمَّا قال حَسَّانُ[(٩)] ، يعنى النَّبىَّ ﷺ وأبا سفيانَ :

---

(٥) فى ا : « زوجتى » .

(٦) فى ب ، م : « إحداهما » .

(٧-٧) سقط من : ا ، ب ، م .

(٨) أخرجه البخارى ، فى : باب المتعة للتى لم يفرض لها ... ، من كتاب الطلاق . صحيح البخارى ٧ / ٧٩ ، ٨٠ . والنسائى ، فى : باب اجتماع المتلاعنين ، من كتاب الطلاق . المجتبى ٦ / ١٤٥ . وانظر حديث هلال بن أمية فى : ٨ / ٣٧٣ وحديث عويمر العجلانى فى : ١٣٠ .

(٩) ديوان حسان ٧٦ . وصدر البيت :

* أتَهْجُوهُ ولستَ له بِكُفْءٍ *

لم يَنْصَرِفْ شرُّهما[10] إلّا إلى أبى سفيانَ وحدَه ، وخيرُهما النَّبىُّ ﷺ وحدَه . وهذا فى الحُكمِ ، فأمَّا فيما بينَه وبينَ اللهِ تعالى ، فيَدِينُ فيه ، فمتى عَلِمَ مِنْ نفسِه أنَّه أرادَ الأجْنبيَّةَ / ، لم تَطْلُقْ زوجتُه ؛ لأنَّ اللَّفظَ مُحْتمِلٌ له ، وإن كان غيرَ مُقَيَّدٍ . ولو كانت ثَمَّ قَرِينةٌ دالةٌ على إرادتِه الأجْنبيَّةَ ، مثل أن يَدْفعَ بيمينِه ظُلْمًا ، أو يَتخلَّصَ بها مِن مَكْروهٍ ، قُبِلَ قولُه فى الحُكْمِ ؛ لوُجودِ الدَّليلِ الصارِفِ إليها . وإن لم يَنْوِ زوجتَه ، ولا الأجْنبيَّةَ ، طَلُقَتْ زوجتُه ؛ لأنَّها مَحَلُّ الطَّلاقِ ، واللفظُ يَحْتمِلُها ويَصْلُحُ لها ، ولم يَصْرِفْه عنها ، فوقَعَ به ، كما لو نَوَاها .

٢٠١/٧ ظ

فصل : فإن كانت له امْرأتانِ ؛ حَفْصَةُ وعَمْرَةُ ، فقال : يا حفصةُ . فأجابَتْه عمرةُ ، فقال : أنتِ طالقٌ . فإن لم تَكُنْ له نِيَّةٌ ، أو نَوَى المُجيبةَ وحدَها ، طَلُقَتْ وحدَها ؛ لأنَّها المُطَلَّقةُ دونَ غيرِها . وإن قال : ما خاطبتُ بقولى : أنتِ طالقٌ . إلَّا حفصةَ ، وكانت حاضرةً ، طَلُقَتْ وحدَها . وإن قال : علمتُ أنّ المُجيبةَ عَمْرةُ ، فخاطَبْتُها بالطَّلاقِ ، وأردتُ طلاقَ حَفْصةَ . طَلُقَتا معًا ، فى قولِهم جميعًا . وإن قال : ظَنَنْتُ المُجيبةَ حَفْصةَ فطلَّقْتُها . طَلُقَتْ حفصةُ ، روايةً واحدةً ، وفى عَمرةَ رِوَايتانِ ؛ إحْداهما ، تَطْلُقُ أيضًا . وهو قولُ النَّخَعِىِّ ، وقَتادةَ ، والأوْزاعىِّ ، وأصْحابِ الرَّأْىِ . واختاره ابنُ حامِدٍ ؛ لأنَّه خاطبَها بالطَّلاقِ ، وهى مَحَلٌّ له ، فطَلُقَتْ ، كما لو قَصَدَها . والثَّانيةُ ، لا تَطْلُقُ . وهو قولُ الحَسَنِ ، والزُّهْرِىِّ ، وأبى عُبَيدٍ . قال أحمدُ ، فى روايةِ مُهَنَّا ، فى رجلٍ له امرأتانِ ، فقال : فلانةُ ، أنتِ طالقٌ . فالْتفتتْ ، فإذا هى غيرُ التى حَلَفَ عليها ، قال : قال إبراهيمُ : يَطْلُقانِ . والحَسَنُ يقولُ : تَطْلُقُ التى نَوَى . قيل له : ما تقولُ أنتَ ؟ قال : تَطْلُقُ التى نَوَى . ووَجْهُه أنَّه لم يَقْصِدْها بالطَّلاقِ ، فلم تَطْلُقْ ، كما لو أرادَ أن يقولَ : أنتِ[11] طاهرٌ . فسَبَقَ لسانُه ، فقال : أنتِ طالقٌ . وقال أبو

---

(١٠) فى الأصل : « شركما » .

(١١) سقط من : الأصل .

بكرٍ : لا يَخْتلِفُ كلامُ أحمدَ أنَّها لا تَطْلُقُ . وقال الشَّافعيُّ : تَطْلُقُ المُجيبةُ وحدَها ؛ لأنَّها مُخَاطَبَةٌ بالطَّلاقِ ، فطَلُقَتْ ، كما لو لم يَنْوِ غيرَها ، ولا تَطْلُقُ المَنْوِيَّةُ ؛ لأنَّه لم يُخاطِبْها بالطَّلاقِ ، ولم تَعترِفْ بطلاقِها ، وهذا يَبطُلُ بما لو علمَ أنَّ المُجيبةَ عَمْرةُ ، فإنَّ المَنْوِيَّةَ تَطْلُقُ بإرادتِها بالطَّلاقِ[12] ، ولولا ذلك لم تَطْلُقْ بالاعْترافِ به ؛ لأنَّ الاعْترافَ بما لا يُوجِبُ لا يُوجِبُ ، ولأنَّ الغائبةَ مقصودةٌ بلَفْظِ الطَّلاقِ ، فطَلُقَتْ ، كما لو علمَ الحالَ .

فصل : وإن أشار إلى عَمرةَ ، فقال : يا حَفْصةُ ، أنتِ طالقٌ . وأرادَ طلاقَ عَمْرةَ ، فسبَقَ لسانُه إلى نِداءِ حَفْصةَ ، طَلُقَتْ عَمْرةُ وحدَها ؛ لأنَّه لم يُرِدْ بلفظِه إلَّا طلاقَها ، وإنَّما سبَقَ لسانُه / إلى غيرِ ما أرادَه ، فأشْبَهَ ما لو أرادَ أن يقولَ : أنتِ طاهرٌ . فسبقَ لسانُه إلى أنتِ طالقٌ . وإن أتَى باللَّفظِ مع علمِه أنَّ المُشارَ إليها عَمرةُ ، طَلُقَتا معًا ، عمرةُ بإشارتِه[13] إليها ، [14]وإضافةِ الطَّلاقِ إليها[14] ، وحَفْصةُ بنِيَّتِه ، وبلَفْظِه بها . وإن ظنَّ أنَّ المُشارَ إليها حفصةُ ، طَلُقَتْ حفصةُ ، وفى عَمْرةَ رِوَايتانِ ، كالتى قبلَها .

٢٠٢/٧و

فصل : وإن لَقِىَ أجْنبيَّةً ، ظنَّها زوجتَه ، فقال : فلانةُ ، أنتِ طالقٌ . فإذا هى أجْنبيَّةٌ ، طَلُقَتْ زوجتُه ، نَصَّ عليه أحمدُ . وقال الشَّافعيُّ : لا تَطْلُقُ ؛ لأنَّه خاطبَ بالطَّلاقِ غيرَها ، [15]فلم يَقَعْ[15] ، كما لو علمَ أنَّها أجنبيَّةٌ ، فقال : أنتِ طالقٌ . ولَنا ، أنَّه قصدَ زوجتَه بلفظِ الطَّلاقِ ، فطَلُقَتْ ، كما لو قال : علمتُ أنَّها أجنبيَّةٌ ، وأردتُ طلاقَ زوجتى . وإن قال لها : أنتِ طالقٌ . ولم يَذكُرِ اسمَ زَوْجتِه ، احْتمَلَ ؛ وذلك أيضا لأنَّه قصدَ امرأتَه بلفظِ الطَّلاقِ ، واحْتمَلَ أن لا تَطْلُقَ ؛ لأنَّه لم يُخاطِبْها بالطَّلاقِ ، ولا ذَكَرَ

---

(١٢) فى ا ، ب ، م : « الطلاق » .

(١٣) فى ب ، م : « بالإشارة » .

(١٤ – ١٤) سقط من : الأصل .

(١٥ – ١٥) سقط من ا .

اسمَها معه . وإن عَلِمَها أجْنبيَّةً ، وأرادَ بالطَّلاقِ زوجتَه ، طَلُقَتْ . وإن لم يُرِدْها بالطَّلاقِ ، لم تَطْلُقْ .

فصل : وإن لَقِيَ امرأتَه ، فظنَّها أجنبيّةً ، فقال : أنت طالقٌ ، أو تَنَحَّيْ يا مُطَلَّقةُ . أو لَقِيَ أمَتَه ، فظنَّها أجْنبيَّةً ، فقال : أنتِ حُرَّةٌ ، أو تَنَحَّيْ يا حُرَّةُ . فقال أبو بكرٍ ، فى مَن لَقِيَ امْرأةً[١٦] ، فقال : تَنَحَّي يا مُطَلَّقةُ ، أو يا حُرَّةُ . وهو لا يَعرفُها ، فإذا هى زوجتُه أو أمتُه : لا يَقعُ بهما طلاقٌ ولا حُرِّيَّةٌ ؛ لأنَّه لم يُرِدْ بهما ذلك ، فلم يَقعْ بهما شىءٌ ، كسَبْقِ اللِّسانِ إلى ما لم يُرِدْه . ويَحْتَمِلُ أن لا تَعْتِقَ الأَمَةُ ؛ لأنَّ العادةَ مِن النَّاسِ مُخاطبةُ مَنْ لا يَعرفُها بقوله : يا حُرَّةُ . وتَطْلُقَ الزَّوجةُ ؛ لعدمِ العادةِ بالمُخاطبةِ بقوله : يا مُطَلَّقةُ .

فصل : فأمَّا غيرُ الصَّريحِ ؛ فلا يَقَعُ الطَّلاقُ به إلَّا بِنِيَّةٍ ، أو دَلالةِ حالٍ . وقال مالكٌ : الكناياتُ الظَّاهرةُ ، كقوله : أنتِ بائنٌ ، وبَتَّةٌ ، وبَتْلَةٌ ، وحرامٌ . يَقَعُ بها الطَّلاقُ مِن غيرِ نِيَّةٍ . قال القاضى ، فى « الشَّرح » : وهذا ظاهرُ كلامِ أحمدَ ، والخِرَقِيِّ ؛ لأنَّها مُسْتعمَلَةٌ فى الطَّلاقِ فى العُرْفِ ، فصارت كالصَّريحِ . ولَنا ، أنَّ هذه كنايةٌ لم تُعْرَفْ بإرادةِ الطَّلاقِ بها ، ولا اخْتصَّتْ به ، فلم يَقعِ الطَّلاقُ بها بِمُجَرَّدِ اللَّفظِ ، كسائرِ الكناياتِ ، وإذا ثَبتَ اعتبارُ النِّيَّةِ ، فإنَّها تُعْتَبرُ مُقارِنَةً للَّفظِ ، فإن وُجِدَتْ فى ابتدائِه ، وعَرِيَتْ عنه فى سائرِه ، وقعَ الطَّلاقُ . وقال بعضُ أصحابِ الشَّافعيِّ : لا يَقعُ ، فلو قال : أنت بائنٌ يَنوِى الطَّلاقَ ، وعَرِيَتْ نِيَّتُه حين قال : أنت بائنٌ ، لا يَقعُ ؛ لأنَّ القَدْرَ الذى صاحبَتْه / النِّيَّةُ لا يَقعُ به شىءٌ . ولَنا ، أنَّ ما تُعتبَرُ له النِّيَّةُ يُكْتَفَى فيه بوُجودِها فى أوَّلِه ، كالصلاةِ وسائرِ العباداتِ ، فأمَّا إن تَلَفَّظَ بالكنايةِ غيرَ ناوٍ ، ثم نَوَى بها بعدَ ذلك ، لم[١٧] يقعْ بها الطَّلاقُ ، وكما[١٨] لو نَوَى الطَّهارةَ بالغُسلِ بعدَ فَراغِه منه .

٧/٢٠٢ظ

(١٦) فى ا ، ب ، م : « امرأته » .
(١٧) فى ب ، م : « فلم » .
(١٨) سقطت الواو من : ا .

١٢٦١ – مسألة ؛ قال : (وَلَوْ قِيلَ لَهُ : أَلَكَ امْرَأَةٌ ؟ فَقَالَ : لَا . وَأَرَادَ بِهِ الْكَذِبَ ، لَمْ يَلْزَمْهُ شَىْءٌ . وَلَوْ قَالَ : قَدْ طَلَّقْتُهَا . وَأَرَادَ بِهِ الْكَذِبَ ، لَزِمَهُ الطَّلَاقُ)

إنَّما لم يَلزمْه إذا أرادَ الكَذِبَ ؛ لأنَّ قولَه : مالى امرأةٌ . كنايةٌ تفتقِرُ إلى نِيَّةِ الطَّلاقِ ، وإذا نَوَى الكَذِبَ فما نَوَى الطَّلاقَ ، فلم يَقَعْ . وهكذا لو نَوَى أنَّه ليس لى امرأةٌ تَخْدُمُنى ، أو تُرضِينى ، أو أنِّى كَمَن لا امرأةَ له ، أو لم يَنْوِ شيئًا ، لم تَطْلُقْ ؛ لعَدَمِ النِّيَّةِ المُشترَطَةِ فى الكنايةِ ، وإن أرادَ بهذا اللَّفظِ طلاقَها ، طَلُقَتْ ؛ لأنَّها كنايةٌ صَحِبتْها النِّيَّةُ . وبهذا قال الزُّهْرِىُّ ، ومالكٌ ، وحَمَّادُ بنُ أبى سليمانَ ، وأبو حنيفةَ ، والشَّافعىُّ . وقال أبو يوسفَ ، ومحمَّدٌ : لا تَطْلُقُ ؛ فإنَّ هذا ليس بكنايةٍ ، وإنَّما هو خَبَرٌ هو كاذبٌ فيه ، وليس بإيقاعٍ . ولَنا ، أنَّه مُحْتَمِلٌ الطَّلاقِ ؛ لأنَّه إذا طلَّقَها فليست له بامرأةٍ ، فأشْبَهَ قولَه : أنتِ بائنٌ . وغيرَها من الكناياتِ الظَّاهرةِ ، وهذا يُبْطِلُ قولَهم . فأمَّا إن قال : طلَّقتُها . وأراد الكَذِبَ ، طَلُقَتْ ؛ لأنَّ لفظَ الطَّلاقِ صريحٌ ، يَقَعُ به الطَّلاقُ مِن غيرِ نِيَّةٍ . وإن قال : خَلَّيْتُها ، أو أبَنْتُها . افتقَرَ إلى النِّيَّةِ ؛ لأنَّه كنايةٌ لا يَقَعُ به الطَّلاقُ مِن غيرِ نِيَّةٍ .

فصل : فإن قِيلَ له : أطلَّقْتَ امرأتَك ؟ فقال : نعم . أو قِيلَ له : امرأتُك طالقٌ ؟ فقال : نعم . طَلُقَتْ امرأتُه ، وإن لم يَنْوِ . وهذا الصَّحيحُ مِن مذهبِ الشَّافعىِّ ، واخْتِيَارُ المُزَنِىِّ ؛ لأنَّ نَعَم صريحٌ فى الجوابِ ، والجوابُ الصَّريحُ لِلَّفظِ الصَّريحِ صريحٌ ، ألا تَرَى أنَّه لو قِيلَ له : ألِفُلانٍ عليك ألفٌ؟ فقال : نَعَمْ . وَجَبَ عليه . وإن قِيلَ له : طَلَّقْتَ امرأتَك ؟ فقال : قد كان بعضُ ذلك . وقال : أردتُ الإيقاعَ . وقعَ . وإن قال : أردتُ أنِّى علَّقتُ طلاقَها بشرطٍ . قُبِلَ ؛ لأنَّه مُحْتَمِلٌ لما قالَه . وإن قال : أردتُ الإخبارَ عن شىءٍ ماضٍ . أو قِيلَ له : ألك امرأةٌ ؟ فقال : قد طلَّقْتُها . ثم قال : إنما أردتُ أنِّى طلَّقْتُها فى نكاحٍ آخر . دِينَ فيما بينَه وبينَ اللهِ تعالى ، فأمَّا فى الحُكْمِ ؛ فإن لم يَكُنْ ذلك وُجِدَ

منه ، لم يُقبَلْ ؛ لأنَّه لا يَحْتمِلُ ما قالَه ، وإن[1] كان وُجِدَ ، فعلى وَجْهين.

فصل : فإن قال : حَلَفتُ بالطَّلاقِ . أو قال : علىَّ يَمِينٌ بالطَّلاقِ . ولم يَكُنْ حَلَفَ ، لم يَلزَمْه شيءٌ / فيما بينه وبينَ اللهِ تعالى ، ولَزِمَه ما أقرَّ به فى الحُكْمِ . ذكَرَه القاضى ، وأبو الخَطَّابِ . وقال أحمدُ ، فى رواية محمدِ بنِ الحَكَم ، فى الرَّجلِ يَقولُ : حَلَفْتُ بالطَّلاقِ . ولم يَكُنْ حَلَفَ : هى كِذْبةٌ ، ليس عليه يَمِينٌ. وذلك لأنَّ قولَه : حَلَفتُ . ليس بِحَلِفٍ ، وإنَّما هو خبرٌ عن الحَلِفِ ، فإذا كان كاذبًا فيه ، لم يَصِرْ حالِفًا ، كما لو قال : حَلَفتُ باللهِ . وكان كاذبًا . واختار أبو بكرٍ أنَّه يَلزمُه ما أقرَّ به [2]فى الحُكْمِ[2] . وحَكَى فى « زادِ المُسافرِ » عن المَيْمُونىِّ ، عن أحمدَ ، أنَّه قال : إذا قال : حَلَفْتُ بالطَّلاقِ . ولم يَكُنْ حَلَفَ ، يَلزمُه الطَّلاقُ ، ويُرْجَعُ[3] إلى نِيَّتِه فى الطَّلاقِ الثَّلاثِ أو الواحدِ[4] . وقال القاضى : مَعْنى قولِ أحمدَ : يَلزمُه الطَّلاقُ . [5]أى فى الحُكمِ ، ويَحْتمِلُ أنَّه أرادَ يَلزمُه الطَّلاقُ[5] إذا نَوَى به الطَّلاقَ ، فجعلَه كنايةً عنه ؛ ولذلك قال : يُرْجَعُ إلى نِيّتِه . أمَّا الذى قصَدَ الكَذِبَ ، فلا نِيَّةَ له فى الطَّلاقِ ، فلا يَقعُ به شيءٌ ؛ لأنَّه ليس بصَرِيحٍ فى الطَّلاقِ ، ولا نَوَى به[6] الطَّلاقَ ، فلم يَقَعْ به طلاقٌ كسائرِ الكناياتِ . وذكر القاضى ، فى كتابِ الأيمانِ ، فى من قال : حَلَفتُ بالطَّلاقِ . ولم يكُنْ حَلَفَ ، فهل يَقعُ به الطَّلاقُ ؟ على رِوَايتَيْنِ .

٢٠٣/٧و

١٢٦٢ ـ مسألة ؛ قال : (وَإِذَا وَهَبَ زَوْجَتَهُ لِأَهْلِهَا ، فَإِنْ قَبِلُوهَا فَوَاحِدَةٌ ، يَمْلِكُ الرَّجْعَةَ إِنْ كَانَتْ مَدْخُولًا بِهَا ، وَإِنْ لَمْ يَقْبَلُوهَا فَلَا شَيْءَ)

---

(١) سقطت الواو من : الأصل ، ب ، م .
(٢ ـ ٢) سقط من : ا ، ب ، م .
(٣) فى ا : « ورجع » .
(٤) فى ا : « الواحدة » .
(٥ ـ ٥) سقط من : الأصل . نقل نظر .
(٦) سقط من : الأصل ، ا .

هذا المنصوصُ عن أحمدَ فى هذه المسألِةِ . وبه قال ابنُ مسعودٍ ، وعَطاءٌ ، ومَسْرُوقٌ ، والزُّهْرِىُّ ، ومَكْحُولٌ ، ومالكٌ ، وإسحاقُ . ورُوِىَ عن علىٍّ ، رَضِىَ اللهُ عنه ، والنَّخَعِىِّ : إن قَبِلُوها فواحدةٌ بائنةٌ ، وإن لم يَقْبَلُوها فواحدةٌ رَجعِيَّةٌ . وعن زيدِ بنِ ثابتٍ ، والحَسَنِ : إن قَبِلُوها فثلاثٌ ، وإن لم يَقْبَلُوها فواحدةٌ رجعِيَّةٌ . ورُوِىَ عن أحمدَ مثلُ ذلك . وقال رَبيعةُ ، ويحيى بنُ سعيدٍ ، وأبو الزِّنَادِ ، ومالكٌ : هى ثلاثٌ على كلِّ حالٍ ، قَبِلُوها أو رَدُّوها . وقال أبو حنيفةَ فيها كقوله فى الكنايةِ الظَّاهرةِ ، قَبِلُوها أو رَدُّوها . وكذلك قال الشَّافعىُّ . واخْتلَفا هٰهُنا بناءً على اخْتلافِهِما . ولَنا ، على أنَّها لا تَطْلُقُ إذا لم يَقْبَلُوها ، أنَّه تَمْليكٌ للبُضْعِ ، فافتقرَ[1] إلى القَبُولِ ، كقوله : اخْتارِى ، وأمرُكِ بيدِكِ . وكالنِّكاحِ . وعلى أنَّها لا تكونُ ثلاثًا أنَّه لفظٌ مُحْتمِلٌ ، فلا يُحْمَلُ على الثَّلاثِ عندَ الإطْلاقِ ، كقوله : اخْتارِى . وعلى أنَّها رَجْعِيَّةٌ ، أنَّها طَلْقةٌ لِمَنْ عليها عِدَّةٌ بغيرِ عِوَضٍ ، قبلَ اسْتيفاءِ العَدَدِ ، فكانت رَجْعِيَّةً كقوله : أنتِ طالقٌ . وقولُه : إنَّها واحدةٌ . محمولٌ على ما إذا [2]أطْلَقَ النِّيَّةَ[2] ، أو نَوَى واحدةً ، فأمَّا إن نَوَى ثلاثا ، أو اثْنَتَيْنِ ، فهو على / ما نَوَى ؛ لأنَّها كنايةٌ غيرُ ظاهرةٍ ، فيُرْجَعُ إلى نِيَّتِه فى عَدَدِها كسائرِ الكناياتِ . ولابُدَّ مِن[3] أن يَنوِىَ بذلك الطَّلاقَ ، أو تكونَ ثَمَّ دَلالةُ حالٍ ، لأنَّها كنايةٌ ، والكناياتُ لابُدَّ فيها مِنَ النِّيَّةِ كذلك . قال[4] القاضى : ويَنْبَغِى أن تُعْتَبَرَ النِّيَّةُ مِن الذى يقبلُ أيضًا[3] ، كما تُعْتَبَرُ فى اخْتيارِ الزَّوجةِ إذا قال لها : اخْتارِى ، أو أمرُكِ بيدِكِ . إذا ثَبَتَ هذا ؛ فإنَّ صِيغةَ القَبُولِ أن يقولَ أهلُها : قَبِلْنَاها . نصَّ عليه أحمدُ . والحُكْمُ فى هبتِها لنفسِها ، أو لأجنبىٍّ ، كالحُكْمِ فى هِبَتِها لأهلِها .

٢٠٣/٧ظ

فصل : فإن باعَ امرأتَه لغيرِه ، لم يَقعْ به طلاقٌ ، وإن نَوَى . وبهذا قال الثَّوْرِىُّ ،

---

(١) فى ا زيادة : « فيه » .

(٢ - ٢) فى الأصل : « طلق البتة » .

(٣) سقط من : الأصل .

(٤) فى ب ، م : « وقال » .

وإسحاقَ . وقال مالكٌ : تَطْلُقُ واحدةً ، وهى أَمْلَكُ بنفسِها ؛ لأنَّه أتى بما يَقْتضِى خُروجَها عن مِلْكِه ، أشْبَهَ ما لو وَهَبَها . ولَنا ، أنَّ البيعَ لا يَتضَمَّنُ معنى الطَّلاقِ ؛ لأنَّه نقلُ مِلْكٍ بِعِوَضٍ ، والطَّلاقُ مُجرَّدُ إسْقاطٍ لا يَقْتضِى العِوَضَ ، فلم يَقَعْ به طلاقٌ ، كقولِه : أطْعِمِينِى ، واسْقِينِى .

١٢٦٣ – مسألة ؛ قال : (وَإذَا قَالَ لَهَا : أَمْرُكِ بِيَدِكِ . فَهُوَ بِيَدِهَا ، وَإنْ تَطَاوَلَ ، مَا لَمْ يَفْسَخْ أَوْ يَطَأْهَا[1])

وجملةُ ذلك أنَّ الزَّوجَ مُخيَّرٌ بينَ أن يُطلِّقَ بنفسِه ، وبينَ أن يُوَكِّلَ فيه ، وبينَ أن يُفوِّضَه إلى المرأةِ ، ويجعلَه إلى اخْتيارِها ؛ بدليلِ أنَّ النَّبىَّ ﷺ خيَّرَ نِساءَه ، فاخْتَرْنَه[2] . ومتى جعلَ أمرَ امرأتِه بيدِها ، فهو بيدِها أبدًا ، لا يَتَقَيَّدُ ذلك بالمجلسِ . رُوِىَ ذلك عن علىٍّ ، رَضِىَ اللهُ عنه . وبه قال الحَكَمُ ، وأبو ثَوْرٍ ، وابنُ المُنْذِرِ . وقال مالكٌ ، والشَّافعىُّ ، وأصحابُ الرَّأْىِ : هو مقصورٌ على المجلسِ ، ولا طلاقَ لها بعد مُفارقتِه ؛ لأنَّه تَخْيِيرٌ لها ، فكان مقصورًا على المجلسِ ، كقولِه : اخْتارِى . ولَنا ، قولُ علىٍّ ، رَضِىَ اللهُ عنه ، فى رجلٍ جعلَ أمرَ امرأتِه بيدِها ، قال : هو لها حتى تَنْكِلَ . ولا نَعرِفُ له فى الصحابة مُخالِفًا ، فيَكونَ إجماعًا . ولأنَّه نَوْعُ توكيلٍ فى الطَّلاقِ ، فكان على التَّراخِى ، كما لو جعَلَه لأجْنبىٍّ ، وفارقَ قولَه : اخْتارِى . فإنَّه تَخْيِيرٌ . فإن رجعَ الزَّوجُ فيما جَعَلَ إليها ، أو قال : فَسَخْتُ ما جعلتُ إليك . بَطَلَ . وبذلك قال عطاءٌ ، ومُجاهِدٌ ، والشَّعْبِىُّ ، والنَّخَعِىُّ ، والأَوْزاعِىُّ ، وإسحاقُ . وقال الزُّهْرِىُّ ، والثَّوْرِىُّ ، ومالكٌ ، وأصحابُ

---

(١) فى ا : « يطأ » .

(٢) أخرجه البخارى ، فى : باب من خير نسائه ، من كتاب الطلاق . صحيح البخارى ٧ / ٥٥ . ومسلم ، فى : باب بيان أن تخيير امرأته لا يكون طلاقا إلا بالنية ، من كتاب الطلاق . صحيح مسلم ٢ / ١١٠٤ . وأبو داود ، فى : باب فى الخيار ، من كتاب الطلاق . سنن أبى داود ١ / ٥١٠ . والترمذى ، فى : باب ما جاء فى الخيار ، من أبواب الخيار ، عارضة الأحوذى ٥ / ١٣٨ . والنسائى ، فى : باب ما افترض الله عز وجل على رسوله عليه السلام . المجتبى ٦ / ٤٦ . وابن ماجه ، فى : باب الرجل يخير امرأته ، من كتاب الطلاق . سنن ابن ماجه ١ / ٦٦١ . والإمام أحمد ، فى : المسند ٦ / ٤٥ ، ٤٧ ، ٤٨ ، ١٧١ ، ٢٠٥ ، ٢٣٩ ، ٢٤٠ ، ٢٧٤ .

الرَّأْيِ : ليس له الرُّجوعُ ؛ لأنَّه مَلَّكَها ذلك ، فلم يَمْلكِ الرُّجوعَ ، كما لو طَلُقَتْ . ولَنا ، أنَّه توكيلٌ ، فكان له الرُّجوعُ فيه ، كالتَّوكيلِ فى البيعِ ، وكما لو خاطبَ بذلك أجْنبيًّا . وقولهم : تَمْليكٌ . لا يَصِحُّ ؛ فإنَّ الطَّلاقَ لا يَصِحُّ تَمْليكُهُ ، ولا يَنْتقِلُ / عن الزَّوجِ ، وإنَّما يَنُوبُ فيه غيرُه عنه ، فإذا استنابَ غيرَه فيه كان توكيلًا لا غيرُ ، ثم وإنْ سُلِّمَ أنَّه تَمْلِيكٌ ، فالتَّمْليكُ يَصِحُّ الرُّجوعُ فيه قبلَ اتِّصالِ القَبُولِ به ، كالبيعِ . وإن وَطِئَها الزَّوجُ كان رجوعًا ؛ لأنَّه نوعُ توكيلٍ ، والتَّصرُّفُ فيما وَكَّلَ فيه يُبطِلُ الوكالةَ . وإن ردَّتِ المرأةُ ما جُعِلَ إليها بَطَلَ ، كما تَبْطُلُ الوكالةُ بفَسْخِ الوكيلِ .

٢٠٤/٧و

فصل : ولا يَقعُ الطَّلاقُ بمُجرَّدِ هذا القولِ ، ما لم يَنْوِ به إيقاعَ طَلاقِها فى الحالِ ، أو تُطَلِّقْ نفسَها . ومتى رَدَّتِ الأمرَ الذى جُعِلَ إليها ، بَطَلَ ، ولم يَقعْ شىءٌ ، فى قولِ أكثرِ أهلِ العلمِ ؛ منهم ابنُ عمرَ ، وسعيدُ بن المُسَيَّبِ ، وعمرُ بنُ عبدِ العزيزِ ، ومسروقٌ ، وعَطاءٌ ، ومُجاهدٌ ، والزُّهرِىُّ ، والثَّورِىُّ ، والأوزاعِىُّ ، والشَّافعىُّ . وقال قَتادُة : إن رَدَّتْ ، فواحدةٌ رَجعِيّةٌ . ولَنا ، أنَّه توكيلٌ ردَّه الوكيلُ ، أو تَمْليكٌ لم يَقْبَلْه المُمَلَّكُ ، فلم يَقَعْ به شىءٌ ، كسائرِ التَّوكيلِ والتَّمْليكِ ، فأمَّا إن نَوَى بهذا تطليقَها فى الحالِ ، طَلُقَتْ فى الحالِ ، ولم يَحْتَجْ إلى قَبُولِها ، كما لو قال : حَبْلُك على غارِبِك .

١٢٦٤ ـ مسألة ؛ قال : (فَإِنْ قَالَتْ : اخْتَرْتُ نَفْسِى . فَوَاحِدَةٌ ، تَمْلِكُ الرَّجْعَةَ)

وجملةُ الأمرِ أنَّ المُمَلَّكَةَ والمُخَيَّرَةَ إذا قالت : اخْتَرْتُ نفسى . فهى واحدةٌ رَجْعِيَّةٌ . ورُوِىَ ذلك عن عمرَ ، وابنِ مسعودٍ ، وابنِ عبَّاسٍ . وبه قال عمرُ بنُ عبدِ العزيزِ ، والثَّورِىُّ ، وابنُ أبى ليلى ، والشَّافعىُّ ، وإسحاقُ ، وأبو عُبَيدٍ ، وأبو ثَوْرٍ . ورُوِىَ عن علىٍّ أنَّها واحدةٌ بائنةٌ . وبه قال أبو حنيفةَ وأصحابُه ؛ لأنَّ تَمْليكَه إيَّاها أمرَها يَقْتضِى زوالَ سُلْطانِه عنها ، وإذا قَبِلَتْ ذلك بالاختيارِ ، وجَبَ أن يزُولَ عنها ، ولا يَحصُلُ ذلك مع بَقاءِ الرَّجْعَةِ . وعن زيدِ بنِ ثابتٍ أنَّها ثلاثٌ . وبه قال الحَسَنُ ، ومالكٌ ، واللَّيثُ ، إلَّا أنَّ

مالكًا قال : إذا لم تَكُنْ مَدْخولًا بها قُبِلَ منه ، إذا أراد واحدةً أو اثْنَتَيْنِ ، وحُجَّتُهم أنَّ ذلك يَقْتَضِى زوالَ سُلْطانِه عنها ، ولا يَكونُ ذلك إلَّا بثَلاثٍ . وفى قولِ مالكٍ أنَّ غيرَ المدخولِ بها يَزولُ سُلْطانُه عنها بواحدةٍ ، فاكْتُفِىَ بها . ولَنا ، أنَّها لم تُطَلِّقْ بلفظِ الثَّلاثِ ، ولا نَوَتْ ذلك ، فلم تَطْلُقْ ثلاثًا ، كما لو أتَى الزَّوجُ بالكنايةِ الخَفِيَّةِ .

فصل : وهذا إذا لم تَنْوِ أكثرَ مِن واحدةٍ ، فإن نَوَتْ أكثرَ مِن واحدةٍ ، وقعَ ما نَوَتْ ؛ لأنَّها تَمْلكُ الثَّلاثَ بالتَّصْريحِ ، فتَمْلِكُها بالكنايةِ ، كالزَّوجِ . وهكذا إن أتَتْ بشيءٍ من الكناياتِ ، فحُكْمُها فيها حُكْمُ الزَّوجِ ، إن كانت ممَّا يقعُ بها الثَّلاثُ / مِنَ الزَّوجِ ، وقَعَ بها الثَّلاثُ إذا أتَتْ بها ، وإن كانتْ من الكناياتِ الخَفِيَّةِ ، نحوَ قولِها : لا يَدخُلْ علىَّ . ونحوَها ، وقعَ ما نَوَتْ . قال أحمدُ : إذا قال لها : أمْرُك بيدِك . فقالت : لا يَدخُلْ علىَّ إلَّا بإذْنٍ . تَنْوِى فى ذلك ، إن قالت : واحدةً ، فواحدةٌ ، وإن قالت : أردتُ أن أغيظَه . قُبِلَ منها . يعنى لا يَقعُ شىءٌ . وكذلك لو جعلَ أمْرَها فى يَدِ أجْنَبِىٍّ ، فأتَى بهذه الكناياتِ ، لا يَقعُ شىءٌ حتى يَنْوِىَ الوكيلُ الطَّلاقَ . ثم إن طلَّقَ بلفظٍ صريحٍ ثلاثًا ، أو بكنايةٍ ظاهرةٍ . طَلُقَتْ ثلاثًا ، وإن كان بكنايةٍ خَفِيَّةٍ ، وقعَ ما نَواه .

٢٠٤/٧ ظ

فصل : وقولُه : أمْرُكِ بيَدِك . وقولُه : اخْتارِى نفسَكِ . كنايةٌ فى حقِّ الزَّوْجِ ، يَفتقِرُ إلى نِيَّةٍ أو دَلالةِ حالٍ ، كما فى سائرِ الكناياتِ ، فإن عُدِمَ لم يَقَعْ به طلاقٌ ؛ لأنَّه ليس بصريحٍ ، وإنَّما هو كنايةٌ ، فيَفتقِرُ إلى ما يَفتقِرُ إليه سائرُ الكناياتِ . وبهذا قال أبو حنيفةَ ، والشَّافعىُّ . وقال مالكٌ : لا يَفْتقِرُ إلى نِيَّةٍ ؛ لأنَّه مِن الكناياتِ الظَّاهرةِ . وقد سبقَ الكلامُ معه فيها . وهو أيضًا كنايةٌ فى حقِّ المرأةِ ، إن قَبِلَته بلفظِ الكنايةِ . وبهذا قال الشَّافعىُّ . وقال أبو حنيفةَ : لا يَفْتقِرُ وُقوعُ الطَّلاقِ إلى نِيَّتِها ، إذا نَوَى الزَّوجُ ؛ لأنَّ الزَّوجَ علَّقَ الطَّلاقَ بفعلٍ مِنْ جِهَتِها ، فلم يَفْتقِرْ إلى نِيَّتِها ، كما لو قال : إن تَكلَّمْتِ فأنتِ طالقٌ . فتكلَّمَتْ ، وقال : لا يَقعُ إلَّا واحدةٌ بائنٌ . وإن نَوَتْ ثلاثًا ؛ لأنَّ ذلك تخْييرٌ ، والتَّخْييرُ لا يَدْخلُه عَدَدٌ ، كخيارِ المُعْتَقَةِ . ولَنا ، أنَّها مُوقِعَةٌ للطَّلاقِ بلفظِ الكنايةِ ، فافْتَقَرَ إلى نِيَّتِها ، كالزَّوجِ . وعلى أنَّه يَقعُ الثَّلاثُ إذا نَوَتْ ، أنَّ اللَّفظَ يَحتمِلُ

الثَّلاثَ ؛ لأنَّها تخْتارُ نفسَها بالواحدةِ ، وبالثَّلاثِ ، فإذا نَوياه وقعَ ، كقولِه : أنتِ بائنٌ .

١٢٦٥ ـ مسألة ؛ قال : (وَإِنْ طَلَّقَتْ نَفْسَهَا ثَلَاثًا ، وقَالَ : لَمْ أَجْعَلْ إِلَيْهَا إِلَّا وَاحِدَةً . لَمْ يُلْتَفَتْ إِلَى قَوْلِهِ ، وَالْقَضَاءُ مَا قَضَتْ)

وممَّن قال : الْقَضاءُ ما قَضَتْ عثمانُ ، وابنُ عمرَ ، وابنُ عبّاسٍ . ورُوِىَ ذلك عن علىٍّ ، وفَضَالَةَ بنِ عُبَيدٍ . وبه قال سعيدُ بنُ المُسَيَّبِ ، وعطاءٌ ، والزُّهرِىُّ . وعن عمرَ ، وابنِ مسعودٍ : أنَّها تَطْليقةٌ واحدةٌ . وبه قال[1] مُجاهِدٌ ، والقاسمُ ، ورَبيعةُ ، ومالكٌ ، والأوْزاعىُّ ، والشَّافعىُّ . وقال الشَّافعىُّ : إن نَوَى ثلاثًا ، فلها أن تُطَلِّقَ ثلاثًا ، وإن نَوَى غيرَ ذلك ، لم تُطَلِّقْ ثلاثةً ، والقولُ قولُه فى نِيَّتِه . قال القاضى : ونقلَ عبدُ اللهِ عن أحمدَ ، ما يَدلُّ على أنَّه إذا نَوَى واحدةً ، فهى واحدةٌ ؛ لأنَّه نَوْعُ تخْييرٍ ، فيُرْجَعُ إلى نِيَّتِه / فيه ، كقولِه : اخْتارِى . ولَنا ، أنَّه لفظٌ يَقْتضِى العمومَ فى جميعِ أمْرِها ؛ لأنَّه اسمُ جنسٍ مُضافٌ ، فيَتناولُ الطَّلقاتِ الثَّلاثَ ، كما لو[2] قال : طَلِّقِى نفسَكِ[3] ما شِئْتِ . ولا يُقبَلُ قولُه : أردتُ واحدةً ؛ لأنَّه خِلافُ ما يَقْتضِيه اللَّفظُ ، ولا يَدِينُ فى هذا ؛ لأنَّه من الكناياتِ الظَّاهرةِ ، والكناياتُ الظَّاهرةُ تَقْتضِى ثلاثًا .

٢٠٥/٧و

١٢٦٦ ـ مسألة ؛ قال : (وَكَذَلِكَ الْحُكْمُ إِذَا جَعَلَهُ فِى يَدِ غَيْرِهَا)

وجملةُ ذلك أنَّه إذا جعلَ أمْرَ امْرأتِه بيَدِ غيرِها ، صحَّ ، وحُكْمُه حُكْمُ ما لو جعلَه بيدِها ، فى أنَّه بيَدِه فى المجلسِ وبعدَه . ووافقَ الشَّافعىُّ على هذا فى حقِّ غيرِها ؛ لأنَّه توكيلٌ . وسَواءٌ قال له : أمْرُ امرأتِى بيَدِك . أو قال : جعلتُ لك الخِيارَ فى طلاقِ امْرأتِى .

---

(١) فى الأصل ، ا زيادة : « عطاء » . وتقدم .
(٢) سقط من : ب ، م .
(٣) سقط من : الأصل .

أو قال : طَلِّقِ امْرأتِي . وقال أصحابُ أبي حنيفةَ : ذلك مَقْصورٌ على المجلسِ ؛ لأنَّه نَوْعُ تَخْيِيرٍ ، أشْبَهَ ما لو قال : اخْتارِي . ولَنا ، أنَّه توكيلٌ مُطْلَقٌ ، فكان على التَّراخِي ، كالتَّوْكيلِ فى البيعِ . وإذا ثَبَتَ هذا فإنَّ له أن يُطَلِّقَها ، ما لم يَفْسَخْ أو يَطَأْها ، وله أن يُطلِّقَ واحدةً وثلاثًا كالمرأةِ ، وليس له أن يَجْعلَ الأمْرَ إلَّا بيَدِ مَن يَجوزُ تَوْكيلُه ، وهو العاقلُ ، فأمَّا الطِّفلُ والمجنونُ ، فلا يَصِحُّ أن يَجْعَلَ الأمْرَ بأيْدِيهم ، فإن فعلَ ، فطَلَّقَ واحدٌ منهم ، لم يَقَعْ طلاقُه . وقال أصحابُ الرَّأْيِ : يَصِحُّ . ولَنا ، أنَّهما ليسا مِن أهلِ التَّصَرُّفِ ، فلم يَصِحَّ تَصرُّفُهم ، كما لو وَكَّلَهم فى العِتْقِ . وإن جعلَه فى يَدِ كافرٍ ، أو عبدٍ ، صَحَّ ؛ لأنَّه ممَّن يَصِحُّ طلاقُه لنفسِه ، فصَحَّ توكيلُهما فيه . وإن جعلَه فى يَدِ امْرأةٍ ، صَحَّ ؛ لأنَّه يَصِحُّ توكيلُها فى العِتْقِ ، فصحَّ فى الطَّلاقِ ، كالرَّجلِ . وإن جعَلَه فى يد صَبِىٍّ يَعْقِلُ الطَّلاقَ ، انْبَنَى ذلك على صِحَّةِ طَلاقِه لزَوْجتِه ، وقد مَضَى ذلك . وقد نصَّ أحمدُ هٰهُنا على اعْتبارِ وكالتِه بطَلاقِه ، فقال : إذا قال الصَّبِىُّ : طلِّقِ امرأتى ثلاثًا . فطَلَّقَها ثلاثًا ، لا يَجوزُ عليها حتى يَعْقِلَ الطَّلاقَ ، أرأيتَ لو كان لهذا الصَّبِىِّ امرأةٌ فطلَّقَها ، أكان يَجوزُ طلاقُه ؟ فاعْتَبَرَ طلاقَه بالوكالةِ بطَلاقِه لنفسِه . وهكذا لو جَعلَ أمْرَ الصَّغيرةِ والمجنونةِ بيدِها ، لم تَمْلِكْ ذلك . نصَّ عليه أحمدُ ، فى امرأةٍ صغيرةٍ قال لها : أمْرُك بيدِك . فقالت : اخْتَرْتُ نفسى . ليس بشىءٍ حتى يكونَ مثلُها يَعْقِلُ . وهذا لأنَّه تَصَرُّفٌ بحُكْمِ التَّوكيلِ ، وليست مِن أهلِ التَّصرُّفِ وظاهرُ كلامِ أحمدَ أنَّها إذا عَقَلَتِ الطَّلاقَ ، وقَعَ طلاقُها . وإن لم تَبلُغْ ، كما قرَّرْناه فى الصَّبِىِّ إذا طلَّقَ . وفى الصَّبِىِّ روايةٌ أُخْرَى : لا يَقعُ / طَلاقُه حتى يَبلُغَ ، فكذلك يُخَرَّجُ فى هذه ؛ لأنَّها مثلُه فى المعنى . واللهُ أعلمُ . ٢٠٥/٧ ظ

فصل : فإن جعَلَه فى يَدِ اثنينِ ، أو وَكَّلَ اثنينِ فى طَلاقِ زوجتِه ، صَحَّ ، وليس لأحَدِهما أن يُطَلِّقَ على الانْفرادِ ، إلَّا أن يَجْعَلَ إليه ذلك ؛ لأنَّه إنَّما رَضِىَ بتَصرُّفِهما جميعًا . وبهذا قال الحسنُ ، ومالكٌ ، والثَّوْرِىُّ ، والأوْزاعِىُّ ، والشَّافعىُّ ، وأبو عُبَيدٍ ، وابنُ المُنْذِرِ . وإن طلَّقَ أحدُهما واحدةً[1] ، والآخَرُ ثلاثًا ، وقَعتْ واحدةٌ ، وبهذا قال

(١) فى الأصل : « ثلاثة » .

إسحاقُ . وقال الثَّورِيُّ : لا يَقعُ شيءٌ . ولَنا ، أنَّهما طلَّقا جميعًا واحدةً ، مأْذونًا فيها ، فصَحَّ لو جَعَلَ إليهما واحدةً .

فصل : ويَصِحُّ تَعْليقُ : أَمْرُك بيدك ، واخْتارِى نفسَك . بالشُّروطِ ، وكذلك إن جَعلَ ذلك إلى أجْنَبِىٍّ ، صحَّ مُطْلقًا ومُقيَّدًا ومُعَلَّقًا ؛ نحو أن يقولَ : اخْتارِى نفسَك ، أو أَمْرُك[2] بيدِك ، شهرًا ، أو إذا قَدِمَ فلانٌ فأَمْرُك بيدِك . أو اخْتارِى نفسَك يومًا . أو يَقولَ ذلك لأجْنَبِىٍّ . قال أحمدُ : إذا قال : [إذا][3] كان سنةٌ ، أو أجلٌ مُسَمًّى . فأَمْرُك بيدِك . فإذا وُجِدَ[4] ذلك . فأَمْرُها بيدِها ، وليس لها قبلَ ذلك أمرٌ . وقال أيضًا : إذا تزَوَّجَ امرأةً ، وقال لأبيها : إن جاءَكَ[5] خَبَرِى إلى ثلاثِ سنينَ ، وإلَّا فأَمْرُ ابْنَتِكَ إليكَ . فلما مَضَتِ السُّنونَ لم يأتِ خَبَرُه ، فطلَّقَها الأبُ ، فإن كان الزَّوجُ لم يَرْجِعْ فيما جَعلَ إلى الأبِ ، فطَلاقُه جائزٌ ، ورُجوعُه أن يُشْهِدَ أنَّه قد رَجَعَ فيما جَعلَ إليه . ووَجْهُ هذا أنَّه فوَّضَ أمْرَ الطَّلاقِ إلى مَن يَمْلِكُه ، فصحَّ تَعْليقُه على شَرْطٍ ، كالتَّوكيلِ الصَّرِيحِ ، فإذا صَحَّ هذا ، فإنَّ الطَّلاقَ إلى مَن فَوَّضَ إليه ، على حَسَبِ ما جعَلَه إليه ، فى الوقتِ الذى عيَّنَه له ، لا قبلَه ولا بعدَه ، وللزَّوجِ الرُّجوعُ فى هذا ؛ لأنَّه عقدٌ[6] جائزٌ . قال أحمدُ : ولا تُقْبَلُ دَعْواه للرُّجوعِ إلَّا ببيِّنَةٍ ؛ لأنَّه ممَّا يُمْكِنُ إقامةُ البَيِّنَةِ عليه . فإن طلَّقَ الوكيلُ والزَّوجُ غائبٌ ، كُرِهَ للمرأةِ التَّزوُّجُ[7] ؛ لأنَّه يَحْتمِلُ أنَّ الزَّوجَ رَجَعَ فى الوكالةِ . وقد نصَّ أحمدُ على مَنْعِها مِنَ التَّزوُّجِ لهذه العلَّةِ . وحملَه القاضى على الاسْتِحْبابِ والاحْتِياطِ . فإن غابَ

---

(٢) فى ب ، م : « وأمرك » .

(٣) تكملة يتم بها السياق .

(٤) فى ب ، م : « دخل » .

(٥) فى ب ، م : « جاء لا » .

(٦) فى ب ، م زيادة : « غير » .

(٧) فى الأصل ، ا : « التزويج » .

الوكيلُ ، كُرِهَ للزَّوجِ الوَطْءُ ، مَخافةَ أن يكونَ الوكيلُ طلَّقَ ، ومَنَعَ منه أحمدُ أيضًا ؛ لهذه العلَّةِ . وحمَلَه القاضى أيضًا على الاسْتِحْبابِ ؛ لأنَّ الأصلَ بَقاءُ النِّكاحِ ، فحُمِلَ الأمْرُ فيه على اليَقينِ . وقولُ أحمدَ : رُجوعُه أن يُشْهِدَ على[8] أنَّه قد رجَعَ فيما جَعَلَ إليه . مَعْناه أنَّه لا يُقْبَلُ قولُه إنَّه قد رجعَ[9] ، إلَّا ببَيِّنَةٍ . ولو صدَّقَته / المرأةُ فى أنَّه قد رَجَعَ ، قُبِلَ ، وإن لم تَكُنْ له بَيِّنَةٌ . ٢٠٦/٧ و

١٢٦٧ – مسألة ؛ قال : (وَلَوْ خيَّرَهَا ، فَاخْتَارَتْ فُرْقَتَهُ مِنْ وَقْتِهَا ، وَإِلَّا فَلَا خِيَارَ لَهَا)

أكثرُ أهلِ العلمِ على أنَّ التَّخْييرَ على الفَوْرِ ، إن اختارَتْ فى وَقْتِها ، وإلَّا فلا خِيَارَ لها بعدَه . رُوِىَ ذلك عن عمرَ ، وعثمانَ ، وابنِ مسعودٍ ، وجابرٍ ، رَضِىَ اللهُ عنهم . وبه قال عَطاءٌ ، وجابرُ بنُ زيدٍ ، ومُجاهِدٌ ، والشَّعْبِىُّ ، والنَّخَعِىُّ ، ومالكٌ ، والثَّوْرِىُّ ، والأوْزاعِىُّ ، والشَّافعىُّ ، وأصحابُ الرَّأْىِ . وقال الزُّهْرِىُّ ، وقَتادةُ ، وأبو عُبَيْدٍ ، وابنُ المنذرِ ، ومالكٌ فى إحدى الرِّوايتينِ[1] عنه[2] : هو على التَّراخِى ، ولها الاخْتِيارُ فى المجلسِ وبعدَه ، ما لم يَفْسَخْ أو يَطَأْ . واحتجَّ ابنُ المُنْذرِ بقَوْلِ رسولِ اللهِ ﷺ لعائشةَ لَمَّا خيَّرَها : « إِنِّى ذَاكِرٌ لَكِ أَمْرًا ، فَلَا عَلَيْكِ أَنْ لَا تَعْجَلِى حَتَّى تَسْتَأْمِرِى أَبَوَيْكِ »[3] . وهذا يَمْنَعُ

---

(٨) سقط من : الأصل ، ا .
(٩) فى ب ، م زيادة : « إليه » .
(١) فى ا : « روايتيه » .
(٢) سقط من : ا ، ب ، م .
(٣) أخرجه البخارى ، فى : باب الغرفة والعلية المشرفة ... ، من كتاب المظالم ، وفى : باب قوله : ﴿ وإن كنتن تردن الله ورسوله ... ﴾ ، من كتاب التفسير . صحيح البخارى ٣ / ١٧٦ ، ١٧٧ ، ٦ / ١٤٧ . ومسلم ، فى : باب بيان أن تخيير امرأته لا يكون طلاقا إلَّا بالنية ، من كتاب الطلاق . صحيح مسلم ٢ / ١١٠٣ ، ١١٠٥ . والترمذى ، فى : باب ما جاء فى الخيار ، من كتاب الطلاق ، وفى : باب ومن سورة التحريم ، من أبواب التفسير . عارضة الأحوذى ٥ / ١٣٨ ، ١٢ / ٢١٥ ، ٢١٦ . والنسائى ، فى : باب ما افترض الله عز وجل على رسوله ﷺ ... ، من كتاب النكاح ، وفى : باب التوقيت فى الخيار ، من كتاب الطلاق . المجتبى ٦ / ٤٥ ، ٤٦ ، ١٣٠ . وابن ماجه ، فى : باب الرجل يخير امرأته ، من كتاب الطلاق . سنن ابن ماجه ١ / ٦٦٢ . والدارمى ، فى : =

قَصْرَه على المجْلِسِ ، ولأنّه جَعَلَ أمْرَها إليها ، فأشْبَهَ أمْرُكِ بيَدِك . ولَنا ، أنَّه قولُ مَن سَمَّيْنا مِنَ الصَّحابةِ . روَى النَّجَّادُ ، بإسنادِه عن سعيدِ بنِ المُسَيَّبِ ، أنَّه قال : قضى عمرُ وعثمانُ ، فى الرَّجلِ يُخيِّرُ امرأتَه ، أنَّ لها الخِيارَ ما لم يَتَفَرَّقا[4] . وعن عبدِ اللهِ بنِ عمرَ ، قال : ما دامتْ فى مَجْلِسِها . ونحوُه عن ابنِ مسعودٍ ، وجابرٍ ، ولم نَعرفْ لهم[5] مُخالِفًا فى الصَّحابةِ ، فكان إجْماعًا . ولأنَّه خِيارُ تَمْليكٍ ، فكان على الفَوْرِ ، كخيارِ القَبُولِ . فأمَّا الخَبَرُ ؛ فإنَّ النَّبىَّ ﷺ جعلَ لها الخيارَ على التَّراخِى ، وخِلافُنا فى المُطْلَقِ . وأمَّا أمْرُكِ بيدِك ، فهو توكيلٌ ، والتَّوكيلُ يَعُمُّ الزَّمانَ ما لم يُقَيِّدْه بقَيْدٍ ، بخلافِ مَسْألتِنا .

فصل : وقولُه : فى وقتِها . أى عَقِيبَ كلامِه ، ما لم يَخْرُجا مِنَ الكلامِ الذى كانا فيه إلى غيرِ ذِكْرِ الطَّلاقِ ، فإن تَفَرَّقا عن ذلك الكلامِ إلى كلامٍ غيرِه ، بَطَلَ خِيارُها . قال أحمدُ : إذا قال لامرأتِه : اختارى . فلها الخيارُ ما دامُوا فى ذلك الكلامِ ، فإن طال المجلسُ ، وأخذُوا فى كلامٍ غيرِ ذلك ، ولم تَخْتَرْ ، فلا خِيَارَ لها . وهذا مذهبُ أبى حنيفةَ . ونحوُه مذهبُ الشَّافعىِّ ، على اختلافٍ عنه ، فقِيلَ عنه : إنَّه يَتَقَيَّدُ بالمجلسِ . وقِيلَ : هو على الفَوْرِ . وقال أحمدُ أيضًا : الخِيارُ على مُخاطَبَةِ الكلامِ أن تُجاوِبَه ويُجاوِبَها ، إنَّما هو جوابُ كلامٍ ، إن أجابَتْه مِن ساعتِه ، وإلَّا فلا شىءَ . ووَجْهُه أنَّه تَمْليكٌ مُطْلَقٌ ، ٢٠٦/٧ظ تَأَخَّرَ قَبُولُه عن أوَّلِ حالِ الإمْكانِ ، فلم يَصِحَّ ، كما لو قامَتْ من مَجْلسِها ، فإن / قامَ أحدُهما عن المجلسِ قَبْلَ اخْتيارِها ، بَطَلَ خِيَارُها . وقال أبو حنيفةَ : يَبْطُلُ بقيامِها دُونَ قيامِه ؛ بِناءً على أصلِه فى أنَّ الزَّوجَ لا يَمْلِكُ الرُّجوعَ . وعندَنا أنَّه يَمْلِكُ الرُّجوعَ ، فبَطَلَ بقيامِه، كما يَبطُلُ بقيامِها . وإن كان أحدُهما قائمًا ، فركبَ[6] أو مَشَى ، بَطَلَ الخيارُ ، وإن قَعَدَ ، لم يَبْطُلْ . والفَرْقُ بين القيامِ والقُعُودِ ، أنَّ القيامَ يُبْطِلُ الفِكْرَ والارْتياءَ فى الخيارِ ،

= باب فى الخيار ، من كتاب الطلاق . سنن الدارمى ٢ / ١٦٢ . والإمام أحمد ، فى : المسند ٣ / ٣٢٨ ، ٦ / ٧٨ ، ١٥٣ ، ١٦٣ ، ١٧١ ، ١٧٣ ، ٢٠٢ ، ٢٤٠ ، ٢٤٨ ، ٢٦٤ .

(٤) فى الأصل : « يفترقا » .

(٥) فى ب ، م : « لهما » .

(٦) سقط من : ب ، م .

فيكونُ إعْراضًا ، والقُعُودَ بخلافِه . ولو كانت قاعدةً فاتَّكَأت ، أو مُتَّكِئَةً فقَعَدَتْ ، لم يَبْطُلْ ؛ لأنَّ ذلك لا يُبطِلُ الفِكْرَةَ . وإن تشاغلَ أحدُهما بالصَّلاةِ ، بَطَلَ الخيارُ . وإن كانت فى صَلاةٍ فأتمَّتْها ، لم يَبْطُلْ خيارُها . وإن أضافَتْ إليها ركعتينِ أُخْرَيَيْنِ ، بَطَلَ خيارُها . وإن أكلَتْ شيئًا يَسِيرًا ، أو قالت[٧] : بسمِ اللهِ . أو سبَّحَتْ شيئًا يسيرًا ، لم يَبْطُلْ ؛ لأنَّ ذلك ليس بإعْراضٍ . وإن قالت : ادْعُ لى شُهُودًا أُشْهِدُهم على ذلك . لم يَبْطُلْ خيارُها . وإن كانت راكبةً فسارتْ ، بَطَلَ خيارُها . وهذا كلُّه قولُ أصْحابِ الرَّأْىِ . .

فصل : فإن جَعلَ لها الخيارَ متى شاءَت ، أو فى مُدَّةٍ ، فلها ذلك فى تلك المُدَّةِ . وإذا قال : اخْتارِى إذا شئتِ ، أو متى شئتِ ، (٨أو متى ما شئتِ٨) . فلها ذلك ؛ لأنَّ هذه تُفِيدُ جَعْلَ الخيارِ لها فى عُمومِ الأوْقاتِ . وإن قال : اخْتارِى اليومَ وغدًا وبعدَ غدٍ . فلها ذلك ، فإن رَدَّتِ الخيارَ فى الأوَّلِ ، بَطَلَ كلُّه . وكذلك إن قال : لا تَعْجَلى حتى تَسْتَأْمِرِى أبوَيْك . ونحوَه ، فلها الخيارُ على التَّراخِى ؛ فإنَّ النَّبىَّ ﷺ قال ذلك لعائشةَ ، فدَلَّ على أنَّ خيارَها لا يَبْطُلُ بالتَّأْخيرِ . وإن قال : اخْتارِى نفسَكِ اليومَ ، واخْتارِى نفسَكِ غدًا . فرَدَّته فى اليوم الأوَّلِ ، لم يَبْطُلْ فى الثَّانى . وقال أبو حنيفةَ : لا يَبْطُلُ فى المسألةِ الأُولَى أيضًا ؛ لأنَّهما خِيَارانِ فى زمَنَيْنِ ، فلم يَبْطُلْ أحدُهما برَدِّ الآخرِ ، قياسًا على المسألةِ الثَّانيةِ . ولَنا ، أنَّه خِيَارٌ واحدٌ ، فى مُدَّةٍ واحدةٍ ، فإذا بَطَلَ أوَّلُه بَطَلَ ما بعدَه ، كما لو كان الخيارُ فى يومٍ واحدٍ ، وكخيارِ الشَّرطِ وخيارِ المُعْتَقَةِ ، ولا نُسَلِّمُ أنَّهما خيارانِ ، وإنَّما هو خيارٌ واحدٌ فى يَوْمَيْنِ ، وفارقَ ما إذا قال : اخْتارِى نفسَكِ اليومَ ، واختارِى نفسكِ غدًا. فإنَّهما خيارانِ؛ لأنَّ كلَّ واحدٍ ثَبَتَ بسببٍ مُفْرَدٍ. ولو خيَّرها شهرًا، فاخْتارتْ نفسَها، ثم تزوَّجَها، لم يَكُنْ لها عليه خيارٌ ، وعندَ أبى حنيفةَ لها الخيارُ . ولَنا ، أنَّها اسْتَوْفَتْ ما جَعلَ لها فى هذا العَقْدِ ، فلم يَكُنْ لها فى عقدٍ ثانٍ ، كما لو اشْتَرطَ الخِيارَ فى

---

(٧) فى الأصل : « وقالت » .

(٨-٨) سقط من : الأصل .

٢٠٧/٧و سِلْعةٍ مُدَّةً ، ثم فسَخَ ، ثم اشْتَراها بعقْدٍ / آخَرَ فى تلك المُدَّةِ . ولو لم تَختَرْ نفسَها ، أو اخْتارتْ زوجَها ، وطلَّقَها الزَّوجُ ، ثم تَزَوَّجَها ، بَطَلَ خيارُها ؛ لأنَّ الخيارَ المشروطَ فى عَقْدٍ لا يَثْبُتُ فى عقدٍ سِوَاه ، كما فى البيعِ. والحُكمُ فى قولِه: أمْرُكِ بيدِكِ. فى هذا كلِّه، كالحُكمِ فى التَّخْييرِ ؛ لأنَّه نوعُ تَخْييرٍ . ولو قال لها : اخْتارِى ، أو أمرُكِ بيدِك ، اليومَ وبعدَ الغدِ ، فردَّت فى اليومِ الأوَّلِ ، لم يَبْطُلْ بعدُ فى غدٍ ؛ لأنَّهما خيارانِ يَنْفصِلُ أحدُهما من صاحبِه ، فلم يَبْطُلْ أحدُهما ببُطْلانِ الآخرِ ، بخلافِ ما إذا كان الزَّمانُ مُتَّصِلًا واللَّفظُ واحدًا ، فإنَّه خيارٌ واحدٌ ، فبطَلَ كلُّه ببُطْلَانِ بعضِه . وإن قال : لكِ الخيارُ يومًا . أو أمرُكِ بيدِك يومًا . فابْتداؤُه من حين نَطَقَ به إلى مِثْلِه مِنَ الغدِ ؛ لأنَّه لا يُمْكِنُ اسْتكمالُ يومٍ بتَمامِه إلَّا بذلك . وإن قال : شهرًا . فمِن ساعةِ نطقَ إلى اسْتِكْمالِ ثلاثينَ يومًا إلى مثلِ تلك السَّاعةِ . وإن قال : الشَّهرَ . أو اليومَ . أو السَّنةَ . فهو على ما بَقِىَ مِن[9] الشَّهْرِ واليومِ والسَّنةِ .

١٢٦٨ – مسألة ؛ قال : (وَلَيْسَ لَهَا أَنْ تَخْتَارَ أَكْثَرَ مِنْ وَاحِدَةٍ ، إلَّا أَنْ يَجْعَلَ إلَيْهَا أَكْثَرَ مِنْ ذَلِكَ)

وجملةُ الأمرِ أنَّ لَفْظةَ التَّخْييرِ لا تَقْتضِى بمُطْلَقِها أكثرَ مِن تَطْليقةٍ رجعيَّةٍ . قال أحمدُ : هذا قولُ ابنِ عمرَ ، وابنِ مسعودٍ ، وزيدِ بنِ ثابتٍ ، وعمرَ ، وعائشةَ ، رَضِىَ اللهُ عنهم . ورُوِىَ ذلك عن جابرٍ ، وعبدِ اللهِ بنِ عمرَ[1] . وقال أبو حنيفةَ : هى واحدةٌ بائنٌ . وهو قولُ ابنِ شُبْرُمَةَ ؛ لأنَّ اخْتيارَها نفسَها يَقْتضِى زوالَ سُلْطانِه عنها ، ولا يَكونُ إلَّا بالبَيْنُونةِ . وقال مالكٌ : هى ثلاثٌ فى المَدْخُولِ[2] بها ؛ لأنَّ المدْخُولَ بها لا تَبِينُ بأقلَّ مِن ثلاثٍ ، إلَّا أن تكونَ بعِوَضٍ . ولَنا ، إجْماعُ الصَّحابةِ ، رَضِىَ اللهُ عنهم ، فإنَّ مَن سَمَّيْنا منهم قالوا : إنِ اخْتارَتْ نفسَها ، فهى واحدةٌ ، وهو أحقُّ بها . رواه النَّجَّادُ عنهم بأسَانيدِه .

---

(٩) فى ب ، م : « ومن » .

(١) فى ب ، م : « عمرو » .

(٢) فى ب ، م : « المدخل » .

ولأنَّ قولَه : اخْتارِى. تَفْويضٌ مُطلَقٌ، فيَتناوَلُ أقلَّ ما يَقعُ عليه الاسمُ، وذلك طَلْقةٌ واحدةٌ ، ولا يَجوزُ أن تَكونَ بائنًا ؛ لأنَّها طَلْقةٌ بغيرِ عِوَضٍ ، لم يُكَمَّلْ بها العَدَدُ بعدَ الدُّخولِ ، فأشبَهَ مالو طلَّقَها واحدةً . ويُخالِفُ قولَه : أمْرُكِ بيدِك . فإنَّه للعُمومِ ، فإنَّه اسمُ جنسٍ مُضافٌ[3] ، فيتناولُ جميعَ أمْرِها ، لكنْ إن جَعَلَ إليها أكثرَ مِن ذلك ، فلها ما جعلَ إليها ، سَواءٌ جعلَه بلفظِه ، مثل أن يقولَ : اخْتارِى ما شئتِ . أو اخْتارِى الطَّلقاتِ الثلاثَ إن شِئْتِ . فلها أن تختارَ ذلك . فإن قال/ : اخْتارِى مِنَ الثَّلاثِ ما شِئْتِ . فلها أن تَخْتارَ واحدةً أو اثنتَيْنِ ، وليس لها اخْتيارُ الثَّلاثِ بكمالِها[4] ؛ لأنَّ مِنْ للتَّبعيضِ ، فقد جَعلَ لها اخْتيارَ بعضِ الثَّلاثِ ، فلا يَكونُ لها اختيارُ الجميعِ ، أو جعَلَه نِيَّته ، وهو أن يَنْوِىَ بقولِه: اخْتارِى. عَدَدًا، فإنَّه يَرْجِعُ إلى ما نَواه؛ لأنَّ قولَه : اخْتارِى . كنايةٌ خَفِيَّةٌ ، فيَرْجِعُ فى قَدْرِ ما يَقَعُ بها إلى نِيَّتِه ، كسائرِ الكناياتِ الخَفِيَّةِ ، فإن نَوَى ثلاثًا ، أو اثنتَيْنِ ، أو واحدةً ، فهو على ما نَوَى ، وإن أطلقَ النِّيَّةَ ، فهى واحدةٌ ، وإن نَوَى ثلاثًا ، فطَلَّقَتْ أقلَّ منها ، وقعَ ما طلَّقَتْه ؛ لأنَّه يُعْتبَرُ قولُهما جميعًا ، فيَقَعُ ما اجْتَمعا عليه ، كالوكيلينِ إذا طلَّقَ واحدٌ منهما واحدةً والآخَرُ ثلاثًا .

٢٠٧/٧ ظ

فصل : وإن خيَّرَها ، فاخْتارتْ زوجَها ، أو رَدَّتِ الخيارَ ، أو الأمْرَ ، لم يَقَعْ شىءٌ . نَصَّ عليه أحمدُ ، فى رواية الجماعةِ . ورُوِىَ ذلك عن عمرَ ، وعلىٍّ ، وزيدٍ ، وابنِ مسعودٍ ، وابنِ عبّاسٍ ، وعمرَ بنِ عبدِ العزيزِ ، وابنِ شُبْرُمَةَ ، وابنِ أبى لَيْلَى ، والثَّوْرِىِّ ، والشَّافعىِّ ، وابنِ المُنْذِرِ . وعن الحَسَنِ : تَكونُ واحدةً رَجْعِيَّةً ، ورُوِىَ ذلك عن علىٍّ . ورَواه إسحاقُ بنُ منصورٍ عن أحمدَ . قال : فإن اخْتارَت[5] زوجَها ، فواحدةٌ يَمْلِكُ الرَّجْعَةَ ، وإن اخْتارتْ نفسَها فثلاثٌ . قال أبو بكرٍ : انْفَردَ بهذا إسحاقُ بنُ منصورٍ ، والعملُ على ما رَواه الجماعةُ . ووَجْهُ هذه الرِّوايةِ ، أنَّ التَّخْيِيرَ كنايةٌ نَوَى بها الطَّلاقَ ،

---

(٣) سقط من : ا ، ب ، م .
(٤) سقط من : الأصل .
(٥) فى ب ، م : « اختار » .

فوقعَ بها بمُجرَّدِها ، كسائرِ كناياتِه . وكقوله : انْكِحى مَن شِئْتِ . ولَنا ، قولُ عائشةَ : قد خَيَّرنا رسولُ اللهِ ﷺ ، أفكان(٦) طلاقًا ! وقالت : لمَّا أُمِرَ النَّبىُّ ﷺ بتَخْييرِ أزْواجِه ، بدأ بى ، فقال : « إنِّى لَمُخْبِرُكِ خَبرًا ، فَلا عَلَيْكِ أَنْ لَا تَعْجَلِى حَتَّى تَسْتَأْمِرِى أَبَوَيْكِ » . ثم قال : « إنَّ اللهَ تَعالَى قال : ﴿ يَـٰٓأَيُّهَا ٱلنَّبِىُّ قُل لِّأَزْوَٰجِكَ إِن كُنتُنَّ تُرِدْنَ ٱلْحَيَوٰةَ ٱلدُّنْيَا وَزِينَتَهَا ﴾ . حَتَّى بَلَغَ : ﴿ فَإِنَّ ٱللَّهَ أَعَدَّ لِلْمُحْسِنَـٰتِ مِنكُنَّ أَجْرًا عَظِيمًا ﴾(٧) » . فقلتُ(٨) : فى أىِّ هذا أسْتأمِرُ أبَوَىَّ ! فإنِّى أريدُ اللهَ ورسولَه والدَّارَ الآخرةَ . قالتْ : ثم فَعَلَ أزْواجُ النَّبىِّ ﷺ مثلَ ما فعلتُ . مُتَّفَقٌ عليهما(٩) . قال مَسْروقٌ : ما أُبالِى خَيَّرْتُ امرأتى واحدةً ، أو مِائَةً ، أو ألفًا ، بعدَ أن تختارَنى . ولأنَّها مُخَيَّرَةٌ اخْتارتِ النِّكاحَ ، فلم يَقَعْ بها الطَّلاقُ ، كالمُعْتَقَةِ تحتَ عبدٍ . فأمَّا إن قالتْ : اخْتَرْتُ نفسِى . فيَفتقِرُ(١٠) إلى نِيَّتِها ؛ لأنَّه لفظُ كنايةٍ منها . فإن نَوَى أحدُهما دونَ الآخرِ ، لم يَقَعْ ؛ لأنَّ الزَّوجَ إذا لم يَنْوِ فما فوَّضَ إليها الطَّلاقَ ، فلا يَصحُّ أن يُوقِعَه ، وإن نَوَى ولم تَنْوِ / هى ، فقد فوَّضَ إليها الطَّلاقَ ، فما أوْقعَتْه ، فلم يَقَعْ شىءٌ ، كما لو وكَّلَ وكيلًا(١١) فى الطَّلاقِ ، فلم يُطَلِّقْ . وإن نَوَيا جميعًا ، وقعَ ما نَوَياه مِنَ العَدَدِ إن اتَّفقا فيه ، وإن نَوَى أحدُهما أقلَّ مِنَ الآخرِ ، وقعَ الأقلُّ ؛ لأنَّ ما زادَ انْفرَدَ به أحدُهما ، فلم يَقَعْ .

٢٠٨/٧ و

فصل : وإن قال : أمْرُكِ بيدِك ، أو اخْتارِى . فقالت : قَبِلْتُ . لم يَقَعْ شىءٌ ؛ لأنَّ أمْرَكِ بيدِك . توكيلٌ ، فقولُها فى جوابِه : قبلتُ . يَنْصرِفُ إلى قَبُولِ الوكالةِ ، فلم يَقَعْ شىءٌ ، كما لو قال لأجْنَبِىٍّ : أمْرُ امرأتِى بيَدِك . فقال : قبلتُ . وقولُه : اخْتارِى . فى معناه . وكذلك إنْ قالت : أخَذْتُ أمْرِى . نَصَّ عليهما أحمدُ ، فى روايةِ إبراهيمَ بنِ

---

(٦) فى الأصل ، ب ، م : « فكان » .

(٧) سورة الأحزاب ٢٨ ، ٢٩ .

(٨) فى الأصل ، ب ، م : « فقالت » .

(٩) تقدم تخريجهما فى صفحة ٣٨٧ .

(١٠) فى الأصل ، ا : « افتقر » .

(١١) فى ب ، م : « توكيلا » .

هانئ ، إذا قال لامرأته : أَمْرُكِ بيدِك . فقالت : قبلتُ . ليس بشيءٍ حتى تُبَيِّنَ . وقال : إذا قالت : أخذتُ أَمْرِى . ليس بشيءٍ . قال : وإذا قال لامرأته : اخْتارِى . فقالت : قَبِلتُ نفسى . أو قالت : اخْتَرْتُ نفسِى . كان أَبْيَنَ . قال القاضى : ولو قالت : اخْتَرْتُ . ولم تَقُلْ : نفسى . لم تَطْلُقْ ، وإن نَوَتْ . ولو قال الزَّوجُ : اخْتارِى . ولم يَقُلْ : نفسَكِ . ولم يَنْوِه ، لم تَطْلُقْ ، ما لم تَذكُرْ نفسَها ، ما لم يَكُنْ فى كلامِ الزَّوجِ أو جوابِها[12] ما يَصْرِفُ الكلامَ إليه ؛ لأنَّ ذلك فى حُكْمِ التَّفسيرِ ، فإذا عَرِىَ عن ذلك لم يَصِحَّ. وإن قالت : اخْتَرْتُ زوجى. أو اخْتَرْتُ البقاءَ على النِّكاحِ . أو رَدَدْتُ الخيارَ ، أو رَدَدْتُ عليك سَفْهتَكَ . بَطَلَ الخيارُ . وإن قالتْ : اخْتَرْتُ أهلِى . أو أبَوَىَّ . ونَوَت ، وقَعَ الطَّلاقُ ؛ لأنَّ هذا يَصْلُحُ كنايةً مِنَ الزَّوجِ ، فيما إذا قال : الْحَقِى بأهلِك . فكذلك منها . وإن قالت : اخْتَرْتُ الأزْواجَ . فكذلك ؛ لأنَّهم لا يَحِلُّونَ إلَّا بمُفارقةِ هذا الزَّوجِ ، ولذلك كان كنايةً منه فى قوله : انْكِحِى مَن شِئْتِ .

فصل : فإن كرَّرَ ، لَفْظةَ الخيارِ ، فقال : اخْتارِى ، اخْتارِى ، اختارى . فقال أحمدُ : إن كان إنَّما يُرَدِّدُ عليها لِيُفْهِمَها[13] ، وليس نِيَّتُه ثلاثًا ، فهى واحدةٌ ، وإن كان أرادَ بذلك ثلاثًا ، فهى ثلاثٌ . فرَدَّ الأمْرَ إلى نِيَّتِه فى ذلك . وبهذا قال الشَّافعىُّ . وقال أبو حنيفةَ : إذا قَبِلَتْ ، وقَع ثلاثًا ؛ لأنَّه كرَّرَ ما يَقَعُ به الطَّلاقُ ، فتَكَرَّرَ ، كما لو كَرَّرَ الطَّلاقَ . ولَنا ، أنَّه يَحْتمِلُ التَّأْكِيدَ ، فإذا قصَدَه قُبِلَ منه ، كما لو قال : أنتِ طالقٌ الطَّلاقَ . وإن أطْلَقَ ، فقد رُوِىَ عن أحمدَ ما يَدلُّ على أنَّها واحدةٌ ، يَمْلِكُ الرَّجعةَ . وهذا اخْتيارُ القاضى ، ومذهبُ عطاءٍ ، وأبى ثورٍ ؛ لأنَّ تكْرِيرَ[14] التَّخْييرِ لا يَزيدُ به الخِيَارُ ، كشَرْطِ الخيارِ فى البيعِ . / ورُوِىَ عن أحمدَ ، إذا قال لامْرأتِه : اخْتارِى . فقالتْ : اخْتَرْتُ نفسى . هى واحدةٌ ، إلَّا أن يقولَ : اخْتارِى ، اختارِى ، اخْتارِى[15] . وهذا

٢٠٨/٧ ظ

---

(١٢) فى الأصل : « وجوابها » .

(١٣) فى ا ، ب ، م : « ليفهما » .

(١٤) فى ب ، م : « تكرر » .

(١٥) سقط من : الأصل .

يَدُلُّ على أنَّها تَطْلُقُ ثلاثًا . ونحوَه قال الشَّعْبِىُّ ، والنَّخَعِىُّ ، وأصحابُ الرَّأْىِ ، ومالكٌ ؛ لأنَّ (16) اللَّفظةَ الواحدةَ (16) تَقْتضِى طَلْقةً ، فإذا تَكَرَّرَتْ اقْتَضَتْ ثلاثًا ، كلَفْظةِ الطَّلاقِ .

فصل : فإن قال لزوجتِه : طَلِّقِى نفسَكِ . ونَوَى عَدَدًا ، فهو على ما نَوَى . وإن أطلقَ مِن غيرِ نِيَّةٍ ، لم يَمْلِكْ إلَّا واحدةً ؛ لأنَّ الأمْرَ المُطْلَقَ يَتناولُ أقلَّ ما يقعُ عليه الاسْمُ . وكذلك الحُكْمُ لو وكَّل أجْنَبِيًّا ، فقال : طَلِّقْ زوجتِى . فالحُكْمُ على ما ذكَرْناه . قال أحمدُ : إذا قال لامرأتِه : طَلِّقِى نفسَكِ . ونَوَى ثلاثًا ، فَطَلَّقَتْ نفسَها ثلاثًا ، فهى ثلاثٌ ، وإن كان نَوَى واحدةً ، فهى واحدةٌ ؛ وذلك لأنَّ الطَّلاقَ يَكونُ واحدةً وثلاثًا ، فأيُّهما نَوَاهُ فقد نَوَى بلَفْظِه ما احْتمَلَه ، وإن لم يَنْوِ تَناولَ اليَقِينَ ، وهو الواحدةُ . فإن طَلَّقَتْ نفسَها ، أو طلَّقَها الوكيلُ فى المجلسِ ، أو بعدَه ، وقعَ الطَّلاقُ ؛ لأنَّه توكيلٌ . وقال القاضى : إذا قال لها : طَلِّقِى نفسَكِ ، تَقَيَّدَ بالمجلسِ ؛ لأنَّه تَفْويضٌ للطَّلاقِ إليها ، فتَقيَّدَ بالمجلسِ ، كقولِه : اخْتارِى . ولَنا ، أنَّه توكيلٌ فى الطَّلاقِ ، فكان على التَّراخِى ، كتَوكيلِ الأجْنَبِىِّ ، وكقولِه : أمْرُكِ بيدِكِ . وفارقَ : اخْتارِى . فإنَّه تَخْييرٌ . وما ذكَرَه (17) يَنْتَقِضُ بقولِه : أمْرُكِ بيَدِكِ . ولها أن تُوقِعَ الطَّلاقَ بلَفْظِ الصَّرِيحِ ، وبالكنايةِ مع النِّيَّةِ . وقال بعضُ أصْحابِ الشَّافعىِّ : ليس لها أن تُوقِعَه بالكنايةِ ؛ لأنَّه فوَّضَه إليها بلَفْظِ الصَّرِيحِ ، فلا يَصِحُّ أن تُوقِعَ غيرَ ما فوَّضَ إليها . ولَنا ، أنَّه فوَّضَ إليها الطَّلاقَ ، وقد أوْقعَتْه ، فوقَعَ ، كما لو أوْقعَتْه بلفظِ الصَّرِيحِ . وما ذكَرَه غيرُ صحيحٍ ؛ فإنَّ التَّوكيلَ فى شىءٍ لا يَقْتضِى أن يكونَ إيقاعُه بلفظِ الأمرِ مِن جهتِه ، كما لو قال لوكيلِه : بِعْ دارِى . جازَ له بيعُها بلفظِ التَّمْليكِ . وإن قال لها : طَلِّقِى (18) ثلاثًا . فطلَّقَتْ واحدةً ، وقَعَ . نَصَّ عليه . وقال مالكٌ : لا يَقعُ شىءٌ ؛ لأنَّها لم تَمْتَثِلْ أمرَه . ولَنا ، أنَّها مَلَكَتْ إيقاعَ ثلاثٍ ، فمَلَكَتْ

(16 - 16) فى الأصل ، ا : « لفظة الواحدة » .

(17) فى ا ، ب ، م : « ذكروه » .

(18) فى الأصل : « طلقينى » .

إيقاعَ واحدةٍ ، كالمُوكَّلِ ، ولأنَّه لو قال : وهَبْتُك هؤلاء العبيدَ الثَّلاثةَ . فقالتْ[19] : قَبِلْتُ واحدًا منهم . صَحَّ . كذا هٰهُنا . وإن قال : طلِّقى واحدةً . فطلَّقَت ثلاثًا ، وقَعت واحدةٌ . نَصَّ عليه أيضا . وبه قال مالكٌ ، والشَّافعىُّ . وقال أبو حنيفةَ : لا يَقعُ شىءٌ ؛ لأنَّها لم تأْتِ بما يَصْلُحُ قَبُولًا ، فلم يَصِحَّ ، كما لو قال : بِعْتُكَ نصفَ هذا العبدِ . فقال : قَبِلتُ / البيعَ فى جميعِه . ولَنا ، أنَّها وقَّعتْ طلاقًا مأْذونًا فيه ، وغيرَه ، فوقعَ المأذونُ فيه دونَ غيرِه ، كما لو قال : طَلِّقِى نفسَك . فطلَّقَت نفسَها وضرائرَها . فإن قال : طلِّقِى نفسَك . فقالت : أنا طالقٌ إن قَدِمَ زيدٌ . لم يَصِحَّ ؛ لأنَّ إذْنَه انْصرَفَ إلى المُنْجَزِ ، فلم يَتناوَلِ المُعلَّقَ على شرطٍ . وحُكْمُ توكيلِ الأجنبىِّ فى الطَّلاقِ ، كحُكْمِها فيما ذكَرْناه كلِّه .

٢٠٩/٧ و

فصل : نقَل عنه أبو الحارثِ ، إذا قال : طلِّقى نفسَكِ طلاقَ السُّنَّةِ . قالتْ : قد طلَّقتُ نفسى ثلاثًا . هى واحدةٌ ، وهو أحقُّ برَجْعَتِها . إنَّما كان كذلك ؛ لأنَّ التَّوكيلَ بلفظٍ يتناوَلُ أقلَّ ما يَقَعُ عليه اللَّفظُ ، وهو طَلْقةٌ واحدةٌ ، لا[20] سِيَّما وطلاقُ السُّنَّةِ فى الصَّحيحِ طَلْقةٌ واحدةٌ ، فى طُهْرٍ لم يُصِبْها فيه .

فصل : ويَجوزُ أن يَجعلَ أمْرَ امْرأتِه بيدِها بِعِوَضٍ ، وحُكْمُه حُكمُ ما لا عِوَضَ له ، فى أنَّ له الرُّجوعَ فيما جَعلَ لها ، وأنَّه يَبطُلُ بالوَطْءِ . قال أحمدُ : إذا قالت امرأتُه : اجْعَلْ أمْرِى بيَدِى ، وأُعْطِيكَ عَبْدِى (21 هذا . قَبَضَ العبدَ 21) ، وجَعَلَ أمرَها بيدِها ، فلها أن تخْتارَ ما لم يَطأْها أو يَنقُضْه ؛ وذلك لأنَّه توكيلٌ ، والتَّوكيلُ لا يَلزمُ (22 بدخولِ العِوَضِ فيه ، وكذلك التَّمْليكُ بعوضٍ لا يَلْزَمُ 22) ، ما لم يَتَّصِلْ به القَبُولُ كالبيعِ .

---

(١٩) فى ا ، ب ، م : « فقال » .

(٢٠) سقط من : ا ، ب ، م .

(٢١ – ٢١) سقط من : الأصل . وفى ا : « هذا فقبض العبد » .

(٢٢ – ٢٢) سقط من : الأصل . نقل نظر .

فصل : إذا اخْتلَفا ، فقال الزَّوجُ : لم أنْوِ الطَّلاقَ بلفظِ الاخْتيارِ وأمرُكِ بيدِك . وقالت : بل نَوَيْتَ . كان القولُ قولَه ؛ لأنَّه أعلمُ بِنِيَّتِه ، ولا سبيلَ إلى مَعْرفتِها[٢٣] إلَّا مِن جِهَتِه ، ما لم يَكُنْ جوابَ سؤالٍ ، أو معها دَلالةُ حالٍ . وإن قال : لم تَنْوِى[٢٤] الطَّلاقَ باخْتِيارِكِ[٢٥] نفسَك . وقالتْ : بل نَوَيْتُ . فالقولُ قولُها ؛ لما ذكَرْناه . وإن قالتْ : قد اخْتَرْتُ نفسِى . وأنْكَرَ وجودَ الاخْتيارِ منها ، فالقولُ قولُه ؛ لأنَّه مُنْكِرٌ له ، وهو ممَّا يُمْكِنُه عِلْمُه ، ويُمْكِنُها إقامةُ البَيِّنَةِ عليه ، فأشْبَهَ ما لو علَّقَ طلاقَها على دُخولِ الدَّارِ ، فادَّعَتْه ، فأنْكَرَه .

فصل : إذا قال لزَوْجتِه : أنتِ علىَّ حرامٌ . وأطلقَ ، فهو ظِهَارٌ . وقال الشَّافعىُّ : لا شىءَ عليه . وله قولٌ آخَرُ : عليه كفَّارةُ يَمِينٍ ، وليس بيَمِينٍ . وقال أبو حنيفةَ : هو يَمينٌ . وقد رُوِىَ ذلك عن أبى بكرٍ ، وعمرَ بنِ الخطَّابِ ، وابنِ مسعودٍ ، رَضِىَ اللهُ عنهم . وقال سعيدٌ[٢٦] : حدَّثنا خالدُ بنُ عبدِ اللهِ ، عن جُوَيْبِرٍ ، عن الضَّحَّاكِ ، أنَّ أبا بكرٍ ، وعمرَ ، وابنَ مسعودٍ قالوا فى الحرامِ : يمينٌ . وبه قال ابنُ عبَّاسٍ ، وسعيدُ بنُ المُسَيَّبِ ، وسعيدُ بنُ جُبَيرٍ . وعن أحمدَ ما يدَلُّ على ذلك ؛ لأنَّ اللهَ تعالى قالَ : / ﴿ لِمَ تُحَرِّمُ مَآ أَحَلَّ ٱللَّهُ لَكَ ﴾[٢٧] . ثم قال : ﴿ قَدْ فَرَضَ ٱللَّهُ لَكُمْ تَحِلَّةَ أَيْمَـٰنِكُمْ ﴾[٢٨] . وقال ابنُ عباس : ﴿ لَّقَدْ كَانَ لَكُمْ فِى رَسُولِ ٱللَّهِ أُسْوَةٌ حَسَنَةٌ ﴾[٢٩] . ولأنَّه تَحْريمٌ للحلالِ ، أشْبَهَ تحريمَ الأمةِ . ولَنا ، أنَّه تَحْريمٌ للزَّوجةِ بغيرِ طَلاقٍ ، فوَجَبَتْ به كفَّارةُ

٢٠٩/٧ ظ

---

(٢٣) فى ا ، ب ، م : « معرفته » .

(٢٤) فى النسخ : « تنو » .

(٢٥) فى ب ، م : « باختيار » .

(٢٦) فى : باب البتة والبرية والخلية والحرام ، من كتاب الطلاق . السنن ١ / ٣٨٩ .
كما أخرجه ابن أبى شيبة ، فى : باب من قال : الحرام يمين وليست بطلاق ، من كتاب الطلاق . المصنف ٥ / ٧٤ .

(٢٧) سورة التحريم ١ .

(٢٨) سورة التحريم ٢ .

(٢٩) سورة الأحزاب ٢١ .

الظِّهارِ ، كما لو قال : أنتِ عليَّ[٣٠] حرامٌ كظهرِ أُمِّى . فأمَّا إن نَوَى غيرَ الظِّهارِ ، فالمَنْصُوصُ عن أحمدَ ، فى روايةِ جماعةٍ ، أنَّه ظِهارٌ ، نَوَى الطَّلاقَ أو لم ينْوِه . وذكَرَه الخِرَقِىُّ فى موضعٍ غيرِ هذا . وممَّن قال إنَّه ظهارٌ ؛ عثمانُ بنُ عفانَ ، وابنُ عبّاسٍ ، وأبو قِلَابَةَ، وسعيدُ بنُ جُبَيرٍ ، وميمونُ بنُ مِهْرَانَ ، والبَتِّىُّ . رَوَى الأثْرَمُ ، بإسنادِه عن ابنِ عبّاسٍ ، فى الحرامِ ، أنَّه تَحْرِيرُ رَقَبةٍ ، فإن لم يَجِدْ فصيامُ شهرَيْنِ مُتَتَابِعَيْنِ ، أو إطْعامُ سِتِّينَ مسكينًا[٣١] . ولأنَّه صَرِيحٌ فى تَحْرِيمِها ، فكان ظِهارًا ، وإن نَوَى غيرَه ، كقولِه : أنتِ عليَّ كظهرِ أُمِّى . وعن أحمدَ ؛ أنَّه إذا نَوَى به[٣٢] الطَّلاقَ ، كان طلاقًا . وقال[٣٣] : إذا قال : ما أَحَلَّ اللهُ علىَّ[٣٤] حَرامٌ . يَعْنِى به الطَّلاقَ ، أخافُ أن يكونَ ثلاثًا ، ولا أُفْتِى به . وهذا مثلُ قولِه فى الكناياتِ الظَّاهرةِ ، فكأنَّه جَعلَه مِن كناياتِ الطَّلاقِ ، يَقَعُ به الطَّلاقُ إذا نَوَاه . ونقلَ عنه البَغَوِىُّ[٣٥] فى رجلٍ قال لامرأتِه : أَمْرُكِ بيدِكِ . فقالتْ : أنا عليكَ حَرامٌ . فقد حُرِّمَتْ عليه . فجعلَه منها كنايةً فى الطَّلاقِ ، فكذلك مِن الرَّجلِ . واختارَه ابنُ عَقِيلٍ . وهو مذهبُ أبى حنيفةَ ، والشَّافعىِّ . ورُوِىَ ذلك عن ابنِ مسعودٍ . وممن رُوِىَ عنه أنَّه طلاقُ ثلاثٍ ؛ عَلِىٌّ ، وزيدُ بنُ ثابتٍ ، وأبو هُرَيْرةَ ، والحَسَنُ البَصْرِىُّ ، وابنُ أبى لَيْلَى . وهو مذهبُ مالكٍ فى المَدْخُولِ بها ؛ لأنَّ الطَّلاقَ نوعُ تَحْرِيمٍ، فصحَّ أن يُكْنَى به عنه ، كقولِه : أنتِ بائنٌ. فأمَّا إن لم يَنْوِ الطَّلاقَ ، فلا يَكونُ طلاقًا بحالٍ؛ لأنَّه ليس بصَرِيحٍ فى الطَّلاقِ ، فإذا لم يَنْوِ معه ، لم يَقَعْ به طلاقٌ ، كسائرِ الكناياتِ . وإن قُلْنا: إنَّه كنايةٌ فى الطَّلاقِ. ونَوَى به، فحُكْمُه حُكْمُ الكناياتِ

---

(٣٠) سقط من : الأصل ، ا .

(٣١) وأخرجه عبد الرزاق ، فى : باب الحرام ، من كتاب الطلاق . المصنف ٦ / ٤٠٤ .

(٣٢) سقط من : ب ، م .

(٣٣) سقطت الواو من : الأصل ، ب ، م .

(٣٤) فى ب ، م : « عن » .

(٣٥) عبد الله بن محمد بن عبد العزيز . انظر : طبقات الحنابلة ١ / ١٩٠ .

الظَّاهرةِ ، على ما مَضَى من الاخْتلافِ فيها . وهو قولُ مالكٍ ، وأبى حنيفةَ ، والشَّافعىِّ ، كلٌّ على أصْلِه ، ويُمْكِنُ حَمْلُه على الكناياتِ الخَفِيَّةِ إذا قُلْنا : إنَّ الرَّجْعةَ[٣٦] مُحرَّمَةٌ ؛ لأنَّ أقلَّ ما تَحْرُمُ به الزَّوجةُ طلقةٌ رَجْعِيَّةٌ ، فحُمِلَ على اليقينِ . وقد رُوِىَ عن أحمدَ ما يَدلُّ عليه ؛ فإنَّه قال : إذا قال : أنتِ علىَّ حَرامٌ ، أعنى به طلاقًا . فهى واحدةٌ . ورُوِىَ هذا عن عمرَ بنِ الخطَّابِ ، رَضِىَ اللهُ عنه ، والزُّهْرِىِّ . وقد رُوِىَ عن مَسْروقٍ ، وأبى سَلَمَةَ ابنِ عبدِ الرَّحمنِ ، والشَّعْبِىِّ : / ليس بشىءٍ ؛ لأنَّه قولٌ هو كاذبٌ فيه . وهذا يَبْطُلُ بالظِّهارِ ؛ فإنَّه مُنْكَرٌ مِنَ القَوْلِ وزُورٌ ، وقد أوْجَبَ[٣٧] الكفَّارةَ ، ولأنَّ هذا إيقاعٌ للطَّلاقِ ، فأشْبَهَ قولَه : أنتِ بائنٌ . أو أنتِ طالقٌ . ورُوِىَ عن أحمدَ ، أنَّه إذا نَوَى اليمينَ كان يمينًا . فإنَّه قال ، فى روايةِ مُهَنَّا : إنَّه إذا قال : أنتِ علىَّ حرامٌ . ونَوَى يَمِينًا ، ثم تركَها أربعةَ أشْهُرٍ ، قال : هو يَمِينٌ ، وإنَّما الإيلاءُ أن يَحْلِفَ باللهِ أن لا يَقْرَبَ امرأتَه . فظاهرُ هذا أنَّه إذا نَوَى اليمينَ كانت يمينًا . وهذا مذهبُ ابنِ مسعودٍ ، وقولُ أبى حنيفةَ ، والشَّافعىِّ . وممَّن رُوِىَ عنه : عليه كفَّارةُ يَمِينٍ . أبو بكرٍ الصِّدِّيقُ ، وعمرُ ، وابنُ عبَّاسٍ ، وعائشةُ ، وسعيدُ بنُ المُسَيَّبِ ، والحسنُ ، وعَطاءٌ ، وطاوُسٌ ، وسليمانُ بنُ يَسارٍ ، وقَتادةُ ، والأوْزاعىُّ . وفى المُتَّفَقِ عليه[٣٨] ، عن سعيدِ بنِ جُبَيْرٍ ، أنَّه سَمِعَ ابنَ عبَّاسٍ يَقولُ : إذا حرَّم الرَّجلُ عليه امرأتَه ، فهى يَمِينٌ يُكَفِّرُها . وقال : ﴿ لَّقَدْ كَانَ لَكُمْ فِى رَسُولِ ٱللَّهِ أُسْوَةٌ حَسَنَةٌ ﴾[٣٩] . ولأنَّ اللهَ تعالى قال : ﴿ يَـٰٓأَيُّهَا ٱلنَّبِىُّ لِمَ تُحَرِّمُ مَآ

٧/٢١٠و

---

(٣٦) فى الأصل ، ا : « الرجعية » .

(٣٧) فى ب ، م : « وجبت » .

(٣٨) أخرجه البخارى ، فى : باب : ﴿ لم تحرم ما أحل الله لك ﴾ ، من كتاب الطلاق . صحيح البخارى ٧ / ٥٦ . ومسلم ، فى : باب وجوب الكفارة على من حرم امرأته ولم ينو الطلاق ، من كتاب الطلاق . صحيح مسلم ٢ / ١١٠٠ .

كما أخرجه ابن ماجه ، فى : باب الحرام ، من كتاب الطلاق . سنن ابن ماجه ١ / ٦٧٠ . والإمام أحمد ، فى : المسند ١ / ٢٢٥ . والبيهقى ، فى : باب من قال لامرأته : أنت على حرام . من كتاب الخلع والطلاق . السنن الكبرى ٧ / ٣٥٠ .

(٣٩) سورة الأحزاب ٢١ .

أَحَلَّ ٱللَّهُ لَكَ تَبْتَغِى مَرْضَاتَ أَزْوَٰجِكَ وَٱللَّهُ غَفُورٌ رَّحِيمٌ * قَدْ فَرَضَ ٱللَّهُ لَكُمْ تَحِلَّةَ أَيْمَـٰنِكُمْ ﴾[٤٠] . فجعل الحرامَ يَمِينًا . ومعنى قولِه : نَوَى يمينًا – والله أعلم – أنَّه نَوَى بقوله : أنتِ علىَّ حرامٌ . تَرْكَ وَطْئِها ، واجْتنابَها ، وأقامَ ذلك مُقامَ قولِه : واللهِ لا وَطِئْتُك .

فصل : وإن قال : أنتِ علىَّ حرامٌ . أعنى به الطَّلاقَ . فهو طلاقٌ . رَوَاه الجماعةُ عن أحمدَ . ورَوَى عنه أبو عبدِ اللهِ النَّيْسَابُورِىُّ[٤١] ، أنَّه قال[٤٢] : إذا قال : أنتِ علىَّ حرامٌ ، أُرِيدُ به الطَّلاقَ . كنتُ أقولُ : إنَّها طَلاقٌ[٤٣] ، يُكَفِّرُ كفَّارةَ الظِّهارِ . وهذا كأنَّه رُجوعٌ عن قولِه : إنَّه طَلاقٌ . ووَجْهُه أنَّه صَرِيحٌ فى الظِّهارِ ، فلم يَصِرْ طلاقًا بقوله : أُرِيدُ به الطَّلاقَ . كما لو قال : أنتِ علىَّ كظَهْرِ أُمِّى ، أعْنِى به الطَّلاقَ . قال القاضى : ولَكِنْ جماعةُ أصحابِنا على أنَّه طَلاقٌ . وهى الرِّوايةُ المشهورةُ التى روَاها عنه الجماعةُ ؛ لأنَّه صَرَّحَ بلفظِ الطَّلاقِ ، فكان طلاقًا ، كما لو ضربَها ، وقال : هذا طلاقُكِ . وليس هذا صريحًا فى الظِّهارِ ، إنَّما هو صريحٌ فى التَّحْرِيمِ ، والتَّحْرِيمُ يَتَنوَّعُ إلى تَحْرِيمٍ بالظِّهارِ ، وإلى تحريمٍ بالطَّلاقِ ، فإذا بيَّنَ بلَفْظِه إرادةَ تحريمِ الطَّلاقِ ، وَجَبَ صرفُه إليه ، وفارَقَ قولَه : أنتِ علىَّ كظَهْرِ أُمِّى . فإنَّه صريحٌ فى الظِّهارِ ، وهو تَحْرِيمٌ لا يَرْتَفِعُ إلَّا بالكفَّارةِ ، / فلم يُمْكِنْ جعلُ ذلك طلاقًا ، بخلافِ مَسْألتِنا . ثم إن قال : أعْنِى به الطَّلاقَ . أو نَوَى به ثلاثًا ، فهى ثلاثٌ . نَصَّ عليه أحمدُ ؛ لأنَّه أتَى بالألفِ واللَّامِ التى للاسْتِغْراقِ ، تفسيرًا للتَّحْرِيمِ ، فيَدخُلُ فيه الطَّلاقُ كلُّه ، وإذا نَوَى الثَّلاثَ فقد نَوَى بلَفْظِه ما يَحْتَمِلُه مِنَ الطَّلاقِ ، فوقَعَ ، كما لو قال : أنتِ بائنٌ . وعنه : لا يَكونُ

٧/٢١٠ ظ

---

(٤٠) سورة التحريم ١ ، ٢ .

(٤١) أبو عبد الله بن محمد بن يحيى الذهلى النيسابورى ، حدث عن الإمام أحمد بأشياء . طبقات الحنابلة ١ / ٣٢٧ .

(٤٢) سقط من : ا .

(٤٣) فى ا ، ب ، م : « طالق » .

ثلاثًا حتى يَنْوِيَها ، سواءٌ كانت فيه الألفُ واللَّامُ أو لم تَكُنْ ؛ لأنَّ الألفَ واللَّامَ تَكونُ لغيرِ الاسْتِغْراقِ فى أكثرِ أسماءِ الأجْناسِ . وإن قال : أعْنِى به طلاقًا . فهو واحدةٌ ؛ لأنَّه ذَكَرَه مُنَكَّرًا ، فيَكونُ طَلاقًا واحدًا . نصَّ عليه أحمدُ . وقال ، فى روايةِ حَنْبَلٍ ؛ إذا قال : أعْنِى طلاقًا . فهى واحدةٌ أو اثْنَتانِ ، إذا لم تكُنْ فيه ألفٌ ولامٌ .

فصل : فإن قال : أنتِ علىَّ كظهرِ أُمِّى ونَوَى به الطَّلاقَ ، لم يَكُنْ طلاقًا ؛ لأنَّه صَرِيحٌ فى الظِّهارِ ، فلم يَصلُحْ كنايةً فى الطَّلاقِ ، كما لا يَكونُ الطَّلاقُ كنايةً فى الظِّهارِ ، ولأنَّ الظِّهارَ تَشْبِيهٌ بِمَنْ هى مُحرَّمَةٌ على التَّأْبيدِ ، والطَّلاقُ يُفيدُ تحريمًا غيرَ مُؤَبَّدٍ ، فلم تَصْلُحِ الكنايةُ بأحدِهما عَنِ الآخرِ . ولو صرَّحَ به فقال : أعْنِى به الطَّلاقَ . لم يَصِرْ طلاقًا ؛ لأنَّه لا يَصْلُحُ الكنايةُ به عنه .

فصل : وإن قال : أنتِ علىَّ كالمَيْتَةِ والدَّم . ونَوَى به الطَّلاقَ ، كان طلاقًا ؛ لأنَّه يَصْلُحُ أن يَكونَ كنايةً فيه ، فإذا اقْتَرَنَتْ به النِّيَّةُ وقعَ به الطَّلاقُ ، ويَقَعُ به مِن عَدَدِ الطَّلاقِ ما نَوَاه ، فإن لم يَنْوِ شيئًا وقعَتْ واحدةٌ ؛ لأنَّه من الكناياتِ الْخَفِيَّةِ ، وهذا حُكمُها . وإن نَوَى به الظِّهارَ ، وهو أن يَقْصِدَ تحريمَها عليه مع بقاءِ نكاحِها ، احْتَمَلَ أن يكونَ ظِهارًا ، كما قُلْنا فى قوله : أنتِ علىَّ حرامٌ . واحْتَمَلَ أن لا يكونَ ظِهارًا ، كما لو قال : أنتِ علىَّ كظَهْرِ البَهِيمَةِ ، أو كظهرِ أُمِّى . وإن نَوَى اليمينَ ، وهو أن يُرِيدَ بذلك تَرْكَ وطْئِها ، لا تَحْرِيمَها ، ولا طلاقَها ، فهو يَمينٌ . وإن لم يَنْوِ شيئًا ، لم يَكُنْ طَلاقًا ؛ لأنَّه ليس بصَرِيحٍ فى الطَّلاقِ ، ولا نَوَاهُ به . وهل يَكونُ ظِهارًا أو يَمينًا ؟ على وَجْهينِ ؛ أحدُهما ، يكون ظِهارًا ؛ لأنَّ مَعْناه أنتِ حرامٌ علىَّ كالميتةِ والدَّمِ ، فإنَّ تشْبيهها بهما يَقْتضِى التَّشْبيهَ بهما فى الأمْرِ الذى اشْتَهَرَا به ، وهو التَّحْرِيمُ ؛ لقولِ اللهِ تعالى فيهما : ﴿ حُرِّمَتْ عَلَيْكُمُ ٱلْمَيْتَةُ وَٱلدَّمُ ﴾[٤٤] . والثَّانى ، يَكونُ يَمِينًا ؛ لأنَّ الأصلَ بَراءةُ الذِّمَّةِ ، فإذا أتَى بلفظٍ مُحْتَمِلٍ ، ثَبَتَ به أقَلُّ الحُكْمَيْنِ ؛ لأنَّه اليقينُ ، وما زادَ مشكوكٌ فيه ، فلا نُثبِتُه

---

(٤٤) سورة المائدة ٣ .

بالشَّكِّ ، ولا نَزُولُ عن الأصلِ إلَّا بَيقينٍ . / وعندَ الشَّافعيِّ ، هو كقولِه : أنتِ علىَّ حرامٌ . سواءً . ٢١١/٧و

١٢٦٩ – مسألة ؛ قال : (وَإِذَا طَلَّقَها بِلِسَانِهِ ، وَاسْتَثْنَى شَيْئًا بِقَلْبِهِ ، وَقَعَ الطَّلَاقُ ، وَلَمْ يَنْفَعْهُ الاسْتِثْنَاءُ)

وجملةُ ذلك أنَّ ما يَتَّصِلُ باللَّفظِ مِن قَرِينةٍ ، أو اسْتِثْناءٍ ، على ثلاثةِ أضْرُبٍ ؛ أحدُها ، مالا يَصِحُّ نُطقًا ولا نِيَّةً ، وذلك نوعانِ ؛ أحدُهما ، ما يَرفعُ حُكمَ اللَّفظِ كلَّه ، مثل أن يقولَ : أنتِ طالقٌ ثلاثًا إلَّا ثلاثًا . أو : أنتِ طالقٌ طلقةً لا تَلزمُك . أو : لا تَقَعُ عليك . فهذا لا يَصِحُّ بلفظِه ولا بِنِيَّتِه ؛ لأنَّه يَرْفَعُ حُكمَ اللَّفظِ كلَّه ، فيَصِيرُ الجميعُ لَغْوًا ، فلا يَصِحُّ هذا فى اللُّغةِ بالاتِّفاقِ ، وإذا كان كذلك سَقَطَ الاسْتِثْناءُ والصِّفةُ ، ووقَعَ الطَّلاقُ . الضَّرْبُ الثَّانى ، ما يُقبَلُ لَفْظًا ، ولا يُقبَلُ نِيَّةً ، لا فى الحُكْمِ ولا فيما بينه وبينَ اللهِ تعالى ، وهو اسْتِثْناءُ الأقلِّ ، فهذا يَصِحُّ لفظًا ؛ لأنَّه من لسانِ العربِ ، ولا يَصِحُّ بالنِّيَّةِ ، مثلَ أن يَقولَ : أنتِ طالقٌ ثلاثًا . ويَستثنِىَ بقلْبِه : إلَّا واحدةً أو أكثرَ . فهذا لا يَصِحُّ ؛ لأنَّ العَدَدَ نَصٌّ فيما تَناوَلَه ، لا يَحْتمِلُ غيرَه ، فلا يَرْتفِعُ بالنِّيَّةِ ما ثَبَتَ بنَصِّ اللَّفظِ ، فإنَّ اللَّفظَ أقْوَى مِنَ النِّيَّةِ ، ولو نَوَى بالثَّلاثِ اثْنَتَيْنِ ، كان مُسْتعمِلًا لِلَّفظِ فى غيرِ ما يَصلُحُ له ، فوقَعَ مُقْتَضَى اللَّفظِ ، ولَغَتْ نِيَّتُه . وحُكِىَ عن بعضِ الشَّافعيَّةِ ، أنَّه يُقْبَلُ فيما بينَه وبينَ اللهِ تعالى ، كما لو قال : نِسَائِى طوالقُ . واستثنى بقلْبِه : إلَّا فلانةَ . والفرقُ بينهما أنَّ نِسائِى اسمٌ عامٌّ يَجوزُ التَّعْبيرُ به عن بعضِ ما وُضِعَ له ، وقد اسْتُعْمِلَ العمومُ بإزاءِ الخصوصِ كثيرًا ، فإذا أرادَ به البعضَ صَحَّ ، وقولُه : ثلاثًا . اسمُ عَدَدٍ للثَّلاثِ ، لا يَجوزُ التَّعْبيرُ به عن عَدَدٍ غيرِها ، ولا يَحْتمِلُ سِوَاها بوَجْهٍ ، فإذا أرادَ بذلك اثنتَيْنِ ، فقد أراد باللَّفظِ[1] مالا يَحْتمِلُه[2] ، وإنَّما تَعْمَلُ النِّيَّةُ فى صَرْفِ اللَّفظِ المُحْتَمِلِ إلى أحدِ مُحْتَمِلاتِه ، فأمَّا ما

---

(١) فى الأصل : « باللفظة » .

(٢) فى الأصل : « تحتمله » .

لا يَحْتمِلُ فلا ، فإنَّا لو عَمِلْنا به فيما لا يَحتمِلُ ، كان عملًا بِمُجَرَّدِ النِّيَةِ ، ومُجرَّدُ النِّيَّةِ لا تَعْمَلُ فى نكاحٍ ، ولا طَلاقٍ ، ولا بَيْعٍ . ولو قال : نِسائِى الأربعُ طوالِقُ . أو قال لهن : أَرْبَعَتُكُنَّ طوالقُ . واسْتَثْنَى بعضَهُنَّ بالنِّيَّةِ ، لم يُقبَلْ ، على قياسِ ما ذكَرْناه ، ولا يَدِينُ فيه ؛ لأنَّه عَنَى باللفظِ ما لا يَحْتمِلُ . الضَّرْبُ الثَّالثُ ، ما يَصحُّ نُطقًا ، وإذا نَوَاه دِينَ فيما بينَه وبينَ اللهِ تعالى، وذلك مثلُ تَخْصيصِ اللَّفظِ العامِّ، أو اسْتِعْمالِ اللَّفظِ / فى مَجازِهِ ، مثل قولِه: نِسائِى طوالقُ. يُريدُ بعضَهُنَّ، أو يَنْوِى بقولِه : طالقٌ . أى مِن وَثَاقٍ[3] ، فهذا يُقْبَلُ إذا كان لفظًا . وَجْهًا واحدًا ؛ لأنَّه وَصَلَ كلامَه بما بيَّنَ مُرادَه ، وإن كان بِنِيَّتِه ، قُبِلَ فيما بينه وبينَ اللهِ تعالى ؛ لأنَّه أرادَ تخْصيصَ اللَّفظِ العامِّ ، واسْتِعمالَه فى الخُصوصِ ، وهذا سائغٌ فى اللُّغةِ، شائعٌ فى الكلامِ، فلا يُمْنَعُ مِن استعمالِه والتَّكَلُّمِ به ، ويَكونُ اللَّفظُ بِنِيَّتِه مُنْصرِفًا إلى ما أرادَه ، دونَ ما لم يُرِدْه . وهل يُقبَلُ ذلك فى الحُكْمِ ؟ يُخَرَّجُ على روايتَيْنِ ؛ إحداهما ، يُقبَلُ ؛ لأنَّه فسَّرَ كلامَه بما يَحْتمِلُه ، فصحَّ ، كما لو قال : أنتِ طالقٌ ، أنت طالقٌ . وأرادَ بالثَّانيةِ إفْهامَها . والثَّانيةُ ، لا يُقبَلُ ؛ لأنَّه خلافُ الظَّاهرِ . وهو مذهبُ الشَّافعيِّ . ومِنْ شَرْطِ هذا أن تَكونَ النِّيَّةُ مُقارِنَةً للَّفظِ ، وهو أن يقول : نسائِى طوالقُ . يَقصِدُ بهذا اللَّفظِ بعضَهُنَّ ، فأمَّا إن كانت النِّيَّةُ مُتأخِّرةً عن اللَّفظِ، فقال: نسائِى طوالقُ. ثم بعدَ فراغِه نَوَى بقلبِه بعضَهُنَّ، لم تَنْفعْه النِّيَّةُ ، ووقعَ الطَّلاقُ بجميعِهِنَّ . وكذلك لو طلَّقَ نساءَه ، ونَوَى بعد طلاقِهِنَّ ، أىْ مِن وَثاقٍ ، لَزِمَه الطَّلاقُ ؛ لأنَّه مُقْتَضَى اللَّفظِ ، والنِّيَّةُ الأخيرةُ نِيَّةٌ مُجرَّدةٌ ، لا لفظَ معها ، فلا تَعْمَلُ . ومن هذا الضَّرْبِ تخْصيصُ حالٍ دونَ حالٍ ، مثل أن يقولَ : أنتِ طالقٌ . ثم يَصِلُه بشرطٍ أو صِفةٍ ، مثلَ قولِه : إن دخلتِ الدَّارَ ، أو بعدَ شهرٍ ، أو قال : إن دخلتِ الدَّار بعدَ شهرٍ . فهذا يَصِحُّ إذا كان نُطْقًا ، بغيرِ خلافٍ . وإن نَوَاه ، ولم يَلْفِظْ به دِينَ . وهل يُقبَلُ فى الحُكْمِ ؟ على روايتَيْنِ . قال ، فى روايةِ إسحاقَ بنِ إبراهيمَ ، فى من حَلَفَ لا

(٣) فى الأصل : « وثاق » .

تَدخُلُ الدَّارَ ، وقال : نوَيْتُ شهرًا . يُقْبَلُ منه . أو قال : إذا دخَلْتِ دارَ فلانٍ فأنتِ طالِقٌ . ونَوَى تلك السَّاعةَ ، وذلك اليومَ . قُبِلَتْ نِيَّتُه . والرِّوايةُ الأُخرى ، لا تُقبَلُ ؛ فإنَّه قال : إذا قال لامرأتِه : أنتِ طالِقٌ . ونَوَى فى نفسِه إلى سَنَةٍ ، تَطْلُقُ . ليس يُنْظَرُ إلى نِيَّتِه . وقال : إذا قال : أنتِ طالِقٌ . وقال : نَوَيْتُ إن دخَلْتِ الدَّارَ . لا يُصَدَّقُ . ويُمْكِنُ الجَمعُ بين هاتَيْنِ الرِّوايتَيْنِ ، بأن يُحْمَلَ قولُه فى القَبُولِ ، على أنَّه يَدِينُ فيما بينه وبينَ اللهِ تعالى ، وقولُه فى عدمِ القبولِ ، على الحُكْمِ ، فلا يكونُ بينهما اختلافٌ ، والفَرْقُ بينَ هذه الصُّورةِ والتى قبلَها ، أنَّ إرادةَ الخاصِّ بالعامِّ شائعٌ كثيرٌ ، وإرادةَ الشَّرطِ من غيرِ ذكرِه غيرُ سائغٍ ، فهو قريبٌ مِنَ الاسْتِثْناءِ . ويُمْكِنُ أن يُقالَ / : هذا كلُّه مِن جُملةِ التَّخْصيصِ . ٢١٢/٧و

فصل : وإذا قالتْ له امرأةٌ من نِسائِه : طَلِّقْنِى . فقال : نِسائِى طَوالِقُ . ولا نِيَّةَ له ، طَلُقْنَ كُلُّهنَّ . بغيرِ خلافٍ ؛ لأنَّ لَفظَه عامٌّ . وإن قالتْ له : طلِّقْ نساءَك . فقال : نسائِى طَوالِقُ . فكذلك . وحُكِىَ عن مالكٍ ، أنَّ السَّائلةَ لا تَطْلُقُ فى هذه الصُّورةِ ؛ لأنَّ الخطابَ العامَّ يُقْصَرُ على سَبَبِه الخاصِّ ، وسببُه سؤالُ طَلاقِ مَنْ سِوَاها . ولَنا ، أنَّ اللَّفظَ عامٌّ فيها ، ولم يُرَدْ به غيرُ مُقْتَضاه ، فوجَبَ العملُ بعُمومِه ، كالصُّورةِ الأُولى ، والعملُ بعُمومِ اللَّفظِ أوْلَى مِن خُصوصِ السَّبَبِ ؛ لأنَّ دليلَ الحُكْمِ هو اللَّفظُ ، فيَجِبُ اتِّباعُه ، والعملُ بمُقْتضاه فى خُصوصِه وعُمومِه ، ولذلك لو كان أخَصَّ مِنَ السَّبَبِ ، لَوجبَ قصرُه على خُصوصِه ، واتِّباعُ صفةِ اللَّفظِ دونَ صفةِ السَّبَبِ ، فإن أخرجَ السَّائلةَ[4] بنِيَّتِه ، دِينَ فيما بينَه وبينَ اللهِ تعالى فى الصُّورتين ، وقُبِلَ فى الحُكْمِ فى الصُّورةِ الثَّانيةِ ؛ لأنَّ خُصوصَ السَّبَبِ دليلٌ على نِيَّتِه ، ولم يُقْبَلْ فى الصُّورةِ الأُولى . قالَه ابنُ حامدٍ ؛ لأنَّ طلاقَه جَوابٌ لسُؤالِها الطَّلاقَ لنفسِها ، فلا يُصَدَّقُ فى صَرْفِه عنها ؛ لأنَّه يُخالِفُ الظَّاهرَ من وَجْهَيْنِ ، ولأنَّها سببُ الطَّلاقِ ، وسببُ الحُكْمِ لا يَجوزُ إخراجُه

---

(٤) فى الأصل : « السائل » .

من العُمومِ بالتَّخْصيصِ . وقال القاضى : يَحْتمِلُ أن لا تَطْلُقَ ؛ لأنَّ لفظَه عامٌّ ، والعامُّ يَحْتمِلُ التَّخصيصَ .

فصل : فإن قال : أنتِ طالقٌ إن دخَلْتِ الدَّارَ . ثم قال : إنَّما أردتُ الطَّلاقَ فى الحالِ ، لكن سبَقَ لسانى إلى الشَّرْطِ . طَلُقَتْ فى الحالِ ؛ لأنَّه أقرَّ على نفسه بما يُوجِبُ الطَّلاقَ ، فلَزِمَه ، كما لو قال : قد طَلَّقْتُها . فإن قال بعد ذلك : كذَبْتُ ، وإنَّما أردتُ طلاقَها عندَ الشَّرطِ . دِينَ فى ذلك ، ولم يُقْبَلْ فى الحُكمِ ؛ لأنَّه رُجوعٌ عمَّا أقرَّ به .

فصل : وقولُ الخِرَقِىِّ : واسْتَثْنَى شيئًا بقلبِه . يَدلُّ بمَفْهومِه على أنَّه إذا اسْتَثْنَى بلسانِه صحَّ ، ولم يَقَعْ ما اسْتَثْناه . وهو قولُ جُمْلةِ[5] أهلِ العلمِ . قال ابنُ المُنْذِرِ : أجْمعَ كلُّ مَن نَحْفظُ عنه من أهلِ العلمِ ، على أنَّ الرَّجلَ إذا قال لامْرأتِه : أنتِ طالقٌ ثلاثًا إلَّا واحدةً . أنَّها تَطْلُقُ طَلْقتَيْنِ . منهم ؛ الثَّوْرِىُّ ، والشَّافعىُّ ، وأصحابُ الرَّأْىِ . وحُكِىَ عن أبى بكرٍ أنَّ[6] الاسْتِثْناءَ لا يُؤثِّرُ فى عَدَدِ الطَّلقاتِ ، ويَجوزُ فى المُطلَّقاتِ ، فلو قال : / أنتِ طالقٌ ثلاثًا إلَّا واحدةً . وقعَ الثَّلاثُ . ولو قال : نسائِى طَوالقُ إلَّا فُلانةَ . لم تَطْلُقْ ؛ لأنَّ الطَّلاقَ لا يُمْكِنُ رَفْعُه بعد إيقاعِه ، والاسْتِثْناءُ يَرْفعُه لو صحَّ . وما ذكَرَه من التَّعْليلِ باطلٌ بما سلَّمَه من الاسْتِثْناءِ فى المُطلَّقاتِ ، وليس الاسْتِثْناءُ رَفْعًا لما وقعَ ، إذ لو كان كذلك ، لمَا صحَّ فى المُطلَّقاتِ ، ولا الإعْتاقِ ، ولا فى الإقرارِ ، ولا الإخْبارِ ، وإنَّما هو مُبيِّنٌ أنَّ المُسْتَثْنَى غيرُ مُرادٍ بالكلامِ ، فهو يَمْنعُ أن يَدخُلَ فيه ما لَوْلاه لَدخلَ ، فقولُه : ﴿ فَلَبِثَ فِيهِمْ أَلْفَ سَنَةٍ إِلَّا خَمْسِينَ عَامًا ﴾[7] . عبارةٌ عن تِسْعِمائَةٍ وخَمْسِينَ . وقولُه : ﴿ إِنَّنِى بَرَآءٌ مِّمَّا تَعْبُدُونَ ۞ إِلَّا الَّذِى فَطَرَنِى ﴾[8] . تَبَرُّؤٌ مِن غيرِ اللهِ ، فكذلك قولُه : أنتِ طالقٌ ثلاثًا إلَّا واحدةً . عبارةٌ عن اثنتَيْنِ لا غيرُ ، وحرفُ الاسْتِثْناءِ المُسْتَولِى عليه[6] إلَّا ، ويُشَبَّهُ به أسماءٌ وأفعالٌ وحروفٌ ؛ فالأسماءُ غيرُ وسِوَى ، والأفعالُ ليس ولا

٢١٢/٧ ظ

---

(٥) فى ب ، م : « جماعة » .

(٦) سقط من : الأصل .

(٧) سورة العنكبوت ١٤ .

(٨) سورة الزخرف ٢٦ ، ٢٧ .

يَكونُ وعَدَا ، والحروفُ حَاشَا وخَلَا ، فبأىٍّ[9] كلمةٍ اسْتَثْنَى بها صحَّ الاستثناءُ .

فصل : ولا يَصِحُّ استثناءُ الأكثرِ . نَصَّ عليه أحمدُ . فلو قال : أنتِ طالقٌ ثلاثًا إلَّا اثنتَيْنِ . وقعَ ثلاثٌ . والأكثرُون على أنَّ ذلك جائزٌ . وقد ذكرْناه فى الإقرارِ[10] . وذكَرْنا أنَّ أهلَ العربيَّةِ إنَّما أجازُوه فى القليلِ من الكثيرِ ، وحَكَينا ذلك عن جماعةٍ من أئمَّةِ أهلِ اللُّغةِ . فإذا قال : أنتِ طالقٌ ثلاثًا إلَّا واحدةً . وقَعَ اثنتانِ . وإن قال : إلا اثْنَتَيْنِ . وقعَ ثلاثٌ . وإن قال : طَلْقتَيْنِ إلَّا طلقةً . ففيه وَجْهانِ ؛ أحدُهما ، يَقعُ طَلْقةٌ . والثَّانى ، طَلْقتانِ ؛ بِناءً على استثْناءِ النِّصْفِ ، هل يصحُّ أو لا ؟ على وَجْهَيْنِ . وإن قال : أنتِ طالقٌ ثلاثًا إلَّا ثلاثًا . وقعَ ثلاثٌ . بغيرِ خلافٍ ؛ لأنَّ الاستثناءَ لِرَفْعِ بعضِ المُسْتَثْنَى منه ، فلا يصِحُّ أن يُرْفعَ جميعُه[11] . وإن قال : أنتِ طالقٌ خمسًا إلَّا ثلاثًا . وقعَ ثلاثٌ ؛ لأنَّ الاسْتِثْناءَ إن عادَ إلى الخَمْسِ ، فقد اسْتَثْنَى الأكثرَ ، وإن عاد إلى الثَّلاثِ التى يَمْلِكُها ، فقد رفَعَ جميعَها . وكلاهما لا يَصِحُّ . وإن قال : خمسًا إلَّا طلقةً . ففيه وَجْهانِ ؛ أحدُهما ، يقعُ ثلاثٌ ؛ لأنَّ الكلامَ مع الاستثْناءِ كأنَّه نطَقَ[12] بما عَدَا المُسْتَثْنَى ، فكأنَّه قال : أنتِ طالقٌ أربعًا . والثَّانى ، يقَع اثْنتانِ . ذكَره القاضى ؛ لأنَّ الاسْتِثْناءَ يَرْجِعُ إلى ما ملَكَه من الطَّلقاتِ ، وهى الثَّلاثُ ، وما زاد عليها يَلْغُو ، وقد اسْتَثْنَى واحدةً مِنَ الثَّلاثِ ، فيَصِحُّ ، ويقعُ طَلْقتانِ . وإن قال : أنتِ طالقٌ أربعًا إلَّا اثنتَيْنِ ، فعلى الوَجْهِ الأوَّلِ ، يَصِحُّ الاستثْناءُ ، / ويقَع اثْنَتانِ ، وعلى قولِ القاضى ، يَنْبغِى أن لا يَصِحَّ الاسْتِثْناءُ ، ويقَع ثلاثٌ ؛ لأنَّ الاستثناءَ يَرْجِعُ إلى الثَّلاثِ ، فيَكونُ اسْتِثْناءَ الأكثرِ . ٢١٣/٧و

فصل : فإن قال : أنتِ طالقٌ اثنتَيْنِ وواحدةً إلَّا واحدةً . ففيه وَجْهان ؛ أحدهما ، لا يَصِحُّ الاستثناءُ ؛ لأنَّ الاستثناءَ يَرْفعُ الجُمْلَةَ الأخيرةَ بكمالِها من غيرِ زيادةٍ عليها ،

---

(٩) فى ا ، ب ، م : « فأى » .

(١٠) فى : ٧ / ٢٩٢ .

(١١) فى الأصل : « حكمه » .

(١٢) فى الأصل : « تطلق » .

فيكونُ[١٣] ذِكْرُها واستثناؤها لَغْوًا ، وكلُّ استثناءٍ أفْضَى تصْحيحُه إلى الغايةِ وإلْغاءِ المُستَثْنَى منه بَطَلَ ، كاسْتِثْناءِ الجميعِ ، ولأنَّ إلْغاءَه وحدَه أوْلَى مِن إلْغائِه مع إلْغاءِ[١٤] غيرِه ، ولأنَّ الاستثناءَ يَعودُ إلى الجُمْلةِ الأخيرةِ فى أحَدِ الوَجْهين ، فيكونُ استثناءً للجميعِ . والوجهُ الثَّانى ، يَصِحُّ الاستثناءُ ، ويَقَعُ طَلْقتانِ ؛ لأنَّ العطفَ بالواوِ يَجعلُ الجُمْلتينِ كالجملةِ الواحدةِ ، فيَصِيرُ مُستثنيًا لواحدةٍ من ثلاثٍ ، ولذلك[١٥] لو قال له : علىَّ مِائةٌ وعشرونَ درهمًا إلَّا خَمْسِينَ . صحَّ . والأوَّلُ أصَحُّ ، وهو مذهبُ أبى حنيفةَ ، والشّافعىِّ . وإن قال : أنتِ طالقٌ واحدةً واثنتَيْنِ إلَّا واحدةً . فعلى الوَجْهِ الثَّانى ، يَصِحُّ الاستثْناءُ ، وعلى الوَجْهِ الأوَّلِ ، يُخَرَّجُ فى صحَّتِه وَجْهانِ ؛ بناءً على اسْتِثناءِ النِّصفِ . وإن قال : أنتِ طالقٌ ، وطالقٌ ، وطالقٌ ، إلَّا طلقةً . أو قال : طالقٌ طَلْقتينِ ونصفًا إلَّا طلقةً . فالحُكمُ فى ذلك كالحُكمِ فى المسألةِ الأُولى سواءً . وإن كان العطفُ بغيرِ واوٍ ، كقوله : أنتِ طالقٌ فطالقٌ ، أو طالقٌ ثم طالقٌ ثم طالقٌ إلَّا طَلْقةً ، لم يَصِحَّ الاستثناءُ ؛ لأنَّ هذا حرفٌ يَقتَضِى التَّرتيبَ ، وكَوْنَ الطّلقةِ الأخيرةِ مُفْرَدةً عمَّا قبلَها ، فيَعودُ الاستثناءُ إليها وحدَها ، فلا يَصِحُّ . وإن قال : أنتِ طالقٌ اثنتَيْنِ واثنتَيْنِ إلَّا اثنتينِ . لم يَصِحَّ الاستثناءُ ؛ لأنَّه إن عادَ إلى الجملةِ التى تَلِيه ، فهو رَفْعٌ لجميعِها ، وإن عادَ إلى الثَّلاثِ التى يَملِكُها ، فهو رَفْعٌ لأكثرِها ، وكلاهما لا يَصِحُّ . ويَحْتمِلُ أن يَصِحَّ ؛ بناءً على أنَّ العطفَ بالواوِ يَجْعلُ الجملتينِ جملةً واحدةً ، وأنَّ استثناءَ النِّصْفِ يَصِحُّ ، فكأنَّه قال : أربعًا إلا اثنتَيْنِ . وإن قال : أنتِ طالقٌ اثنتينِ واثنتينِ إلَّا واحدةً . احْتمَلَ أن يَصِحَّ ؛ لأنَّه اسْتَثْنَى واحدةً من ثلاثٍ . واحْتَمَلَ أن لا يَصِحَّ ؛ لأنَّه إن عادَ إلى الرَّابعةِ ، فقد بَقِىَ بعدَها ثلاثٌ ، وإن عادَ إلى الواحدةِ الباقيةِ مِنَ الاثنتينِ ، فهو استثناءُ الجميعِ .

فصل : وإن قال : أنتِ طالقٌ ثلاثًا إلَّا طلقةً وطلقةً وطَلْقةً[١٦] . ففيه وَجْهانِ ؛

---

(١٣) فى ا ، ب ، م : « فيصير » .

(١٤) سقط من : ا .

(١٥) فى ا : « وكذلك » .

(١٦) سقط من : ب ، م .

أحدُهما ، يَلْغُو الاستثناءُ ، ويَقعُ ثلاثٌ ؛ لأنَّ العطفَ يُوجِبُ اشتراكَ / المَعْطوفِ مع ٢١٣/٧ظ
المعطوفِ عليه ، فيصير مُستثنِيًا لثلاثٍ من ثلاثٍ . وهذا وَجْهٌ لأصحابِ الشَّافعيِّ ، وقولُ أبي حنيفةَ . والثَّاني ، يَصِحُّ الاستثناءُ في طَلْقةٍ ؛ لأنَّ الاستثناءَ الأقلَّ جائزٌ ، وإنَّما لا يَصِحُّ استثناءُ الثَّانيةِ والثَّالثةِ ، فَيَلْغُو وحدَه . وقال أبو يوسفَ ومحمدٌ : يَصِحُّ استثناءُ اثنتينِ ، ويَلْغُو في الثَّالثةِ ؛ بناءً على أصلِهم في أنَّ استثناءَ الأكْثرِ جائزٌ . وهو الوجهُ الثَّاني لأصْحابِ الشَّافعيِّ . وإن قال : أنتِ طالقٌ طَلْقتينِ إلَّا طلقةً وطلقةً . ففيه الوَجْهانِ . وإن قال : أنتِ طالقٌ ثلاثًا إلَّا طلقةً ونصْفًا[17] . احْتمَلَ وَجْهينِ أيضا ؛ أحدُهما ، يَلْغُو الاستثناءُ ؛ لأنَّ النِّصْفَ يُكمَّلُ ، فيَكونُ مُسْتثنِيًا للأكثرِ ، فيَلْغُو . والثَّاني ، يَصِحُّ في طَلْقةٍ ، فتقَعُ طلقتانِ ؛ لما ذكَرْنا في التي قبلَها . فإن قال : أنتِ طالقٌ ثلاثًا إلَّا واحدةً وإلَّا واحدةً . كان عاطفًا الاسْتِثْناءَ على اسْتِثْناءٍ ، فيَصِحُّ الأوَّلُ ، ويلْغُو الثَّاني ؛ لأنَّنا لو صحَّحْناه لَكان مُسْتثنِيًا للأكثرِ ، فيقَعُ به طَلْقتانِ ، ويَجِيءُ على قولِ مَن أجازَ استثناءَ الأكثرِ أن يَصِحَّ فيهما ، فتَقَعُ طلقةٌ واحدةٌ . وإن قال : أنتِ طالقٌ ثلاثًا إلَّا واحدةً ، إلَّا واحدةً . كان مُسْتثْنِيًا مِنَ الواحدةِ المُسْتَثْنَاةِ واحدةً ، فيَحْتَمِلُ أن يلْغُوَ الاستثناءُ الثَّاني ، ويَصِحَّ الأوَّلُ ، فيَقعَ به طَلْقتانِ . ويَحْتمِلُ أن[18] يقعَ به الثَّلاثُ ؛ لأنَّ الاستثناءَ الثَّاني معناه إثباتُ طَلْقةٍ في حقِّها ، لكَوْنِ الاستثناءِ مِنَ النَّفْيِ إثباتًا ، فيُقْبَلَ ذلك في إيقاعِ طَلاقِه ، وإن لم يُقبَلْ في نَفْيِه ، كما لو قال : أنتِ طالقٌ طَلْقتينِ ونِصْفًا . وقع به ثلاثٌ . ولو قال : أنتِ طالقٌ ثلاثًا إلَّا نصفَ طَلْقةٍ . وقعَ به ثَلاثٌ ، فكُمِّلَ النِّصفُ في الإثباتِ ، ولم يُكَمَّلْ في النَّفيِ .

فصل : ويَصِحُّ الاستثناءُ من الاستثْناءِ . ولا يَصِحُّ منه في الطَّلاقِ إلَّا مسألةٌ واحدةٌ ، على اخْتلافٍ فيها ، وهي قولُه : أنتِ طالقٌ ثلاثًا إلَّا اثنتَيْنِ إلَّا واحدةً . فإنَّه يَصِحُّ إذا أجَزْنا

---

(17) في النسخ : « ونصف » .

(18) في الأصل زيادة : « لا » .

استثناءَ النِّصْفِ ، فيَقَعُ به طَلْقتانِ . فإن قيلَ : فكيف أَجَزْتُم استثناءَ الاثْنَتيْنِ مِنَ الثَّلاثِ ، وهى أكثرُها ؟ قُلْنا : لأنَّه لم يَسْكُتْ عليهما ، بل وصَلَهما بأنِ اسْتَثْنى منهما[19] طَلْقةً ، فصار عبارةً عن واحدةٍ . وإن قال : أنتِ طالقٌ ثلاثًا [20] إلَّا ثلاثًا [20] إلَّا اثنتَيْنِ . لم يَصِحَّ ؛ لأنَّ استثناءَ الاثنتَيْنِ مِنَ الثَّلاثِ لا يَصِحُّ ؛ لأنَّهما أكثرُها ، واستثناءُ الثَّلاثِ مِنَ الثَّلاثِ لا يَصِحُّ ؛ لأنَّها جميعُها . وإن قال : ثلاثًا إلَّا ثلاثًا[21] إلَّا واحدةً . لم يَصِحَّ ، ووقعَ ثلاثٌ[22] ؛ لأنَّه إذا اسْتَثْنَى واحدةً من ثلاثٍ ، / بَقِىَ اثْنَتانِ ، لا يَصِحُّ استثْناؤُهما مِنَ الثَّلاثِ الأُولَى ، فيقَعُ الثَّلاثُ . وذكَرَ أبو الخَطَّابِ فيها وَجْهًا آخَرَ ، أنَّه يَصِحُّ ؛ لأنَّ الاستثناءَ الأوَّلَ يَلْغُو ؛ لكَوْنِه استثناءَ الجميعِ ، فيَرْجِعُ قولُه : إلَّا واحدةً . إلى الثَّلاثِ المُثْبَتَةِ ، فيقَعُ منها طَلْقتانِ . والأوَّلُ أوْلَى ؛ لأنَّ الاستثناءَ مِنَ الإِثْباتِ نَفْىٌ ، ومن النَّفيِ إثْباتٌ ، فإذا اسْتَثْنَى من الثَّلاثِ المَنْفِيَّةِ طَلْقةً ، كان مُثبِتًا لها ، فلا يَجوزُ جَعْلُها من الثَّلاثِ المُثْبَتَةِ ؛ لأنَّه يَكونُ إثباتًا من إثْباتٍ . ولا يَصِحُّ الاستثناءُ فى جميعِ ذلك إلا مُتَّصِلًا بالكلامِ ، وقد ذُكِرَ فى الإِقْرارِ[23] . واللهُ أعلمُ .

٧/٢١٤و

١٢٧٠ ــ مسألة ؛ قال : (**وَإِذَا قَالَ لَهَا : أَنْتِ طَالِقٌ فِى شَهْرِ كَذَا ، لَمْ تَطْلُقْ حَتَّى تَغِيبَ شَمْسُ الْيَوْمِ الَّذِى يَلِى الشَّهْرَ الْمُشْتَرَطَ**)

وجملةُ ذلك أنَّه إذا قال : أنتِ طالقٌ . فى شهرٍ عيَّنَه ، كشهرِ رمضانَ ، وقعَ الطَّلاقُ فى أوَّلِ جُزْءٍ مِنَ اللَّيلةِ الأُولى منه ، وذلك حين تَغْرُبُ الشَّمسُ من آخرِ يومٍ مِنَ الشَّهرِ الذى قبلَه ، وهو شهرُ شعبانَ . وبهذا قال أبو حنيفةَ ، وقال أبو ثَوْرٍ : يَقعُ الطَّلاقُ فى آخرِ رمضانَ ؛ لأنَّ ذلك يَحْتمِلُ وُقوعَه فى أوَّلِه وآخرِه ، فلا يَقعُ إلَّا بعدَ زوالِ الاحْتمالِ . ولَنا ،

---

(١٩) فى ب ، م : « منها » .

(٢٠ – ٢٠) سقط من : ا ، ب ، م .

(٢١) فى ب ، م زيادة : « إلا ثلاثا » .

(٢٢) فى الأصل : « الثلاث » .

(٢٣) فى : ٧ / ٢٩٢ .

أنَّه جعلَ الشَّهرَ ظَرْفًا للطَّلاقِ ، فإذا وُجِدَ ما يَكونُ ظَرْفًا له طَلُقَتْ ، كما لو قال : إذا دَخَلْتِ الدَّارَ فأنتِ طالقٌ . فإذا دَخلَتْ أوّلَ جُزْءٍ منها طَلُقَتْ . فأمَّا إن قال : إن لم أقْضِكَ حقَّكَ فى شهرِ رمضانَ فامْرأتِى طالقٌ ، لم تَطْلُقْ حتى يَخْرُجَ رمضانُ قبلَ قضائِه ؛ لأنَّه إذا قَضاهُ فى آخِرِه لم تُوجَدِ الصِّفةُ ، وفى المَوْضعَيْنِ لا يُمْنَعُ من وطءِ زوجتِه قبلَ الحِنْثِ . وقال مالكٌ : يُمْنَعُ . وكذلك كلُّ يَمِينٍ على فِعْلٍ يَفعلُه ، يُمْنعُ من الوَطْءِ قبلَ فِعْلِه ؛ لأنَّ الظَّاهرَ أنَّه على حِنْثٍ ، لأنَّ الحِنْثَ بتَرْكِ الفعلِ ، وليس بفاعلٍ[1] . ولَنا ، أنَّ طلاقَه لم يَقَعْ ، فلا يُمْنَعُ من الوَطْءِ لأجْلِ اليَمينِ ، كما لو حَلَفَ : لا فعلتِ كذا . ولو صحَّ ما ذكَرَه لَوجبَ إيقاعُ الطَّلاقِ .

فصل : ومتى جعلَ زمنًا ظَرْفًا للطَّلاقِ ، وقَعَ الطَّلاقُ فى أوَّلِ جُزْءٍ منه ، مثل أن يقولَ : أنتِ طالقٌ اليومَ ، أو غدًا ، أو فى سنةِ كذا ، أو شهرِ المُحَرَّمِ ؛ لما ذكَرْنا . فإن قال : أرَدْتُ[2] فى آخرِه ، أو أوْسَطِه ، أو يومِ كذا منه ، أو فى النَّهارِ دونَ اللَّيلِ . قُبِلَ منه فيما بينَه وبينَ اللهِ تعالى . وهل يُقبَلُ فى الحُكمِ ؟ يُخَرَّجُ على روايتَيْنِ . وإن قال : /أنتِ طالقٌ فى أوَّلِ رمضانَ ، أو غُرَّةِ رمضانَ ، أو فى رأسِ شهرِ رمضانَ ، أو دُخولِ شهرِ رمضانَ ، أو اسْتِقْبالِ رمضانَ ، أو مَجِيءِ شهرِ رمضانَ . طَلُقَتْ بأوَّلِ جُزْءٍ منه ، ولم يُقبَلْ قولُه : أردتُ أوسطَه ، أو آخرَه . لا ظاهرًا ، ولا باطنًا ؛ لأنَّه لا يَحْتَمِلُه لفظُه . وإن قال : بانْقضاءِ رمضانَ ، أو انْسِلاخِه ، أو نَفادِه ، أو مُضِيِّه . طَلُقَتْ فى آخِرِ جُزْءٍ منه . وإن قال : أنتِ طالقٌ فى أوَّلِ نهارِ شهرِ رمضانَ ، أو فى أولِ يومٍ منه . طَلُقَتْ بطُلوعِ فَجْرِ[3] أوَّلِ يومٍ منه ؛ لأنَّ ذلك أوَّلُ النَّهارِ واليومِ . ولهذا لو نَذَرَ اعتكافَ يومٍ ، أو صيامَ يومٍ ، لَزِمَه من طُلُوعِ الفجرِ . وإن قال : أنتِ طالقٌ إذا كان رمضانُ ، أو إلى رمضانَ ، أو إلى هلالِ رمضانَ ، أو فى هلالِ رمضانَ ، طَلُقَتْ ساعةَ يَسْتَهِلُّ ، إلَّا أن يكونَ نَوَى من

٢١٤/٧ ظ

---

(١) فى ب ، م : « بفاعله » .
(٢) سقط من : ا ، ب ، م .
(٣) فى ب ، م : « الفجر » .

السَّاعةِ إلى الهلالِ ، فتَطْلُقَ فى الحالِ . وإن قال : أنتِ طالقٌ فى مَجِىءِ ثلاثةِ أيامٍ ، طَلُقَتْ فى أوَّلِ اليومِ الثّالثِ .

فصل : وإذا أوقعَ الطَّلاقَ فى زمنٍ ، أو علَّقه بصِفَةٍ ، تعلَّقَ بها ، ولم يَقَعْ حتى تَأْتِىَ الصِّفةُ والزَّمنُ . وهذا قولُ ابنِ عبّاسٍ ، وعطاءٍ ، وجابرِ بنِ زيدٍ ، والنَّخَعِىِّ ، وأبى هاشمٍ[٤] ، والثَّوْرِىِّ ، والشّافعىِّ ، وإسْحاقَ ، وأبى عُبَيْدٍ ، وأصْحابِ الرَّأْىِ . وقال سعيدُ بنُ المُسَيَّبِ ، والحَسَنُ ، والزُّهْرِىُّ ، وقَتادةُ ، ويحيى الأنصارىُّ ، ورَبيعةُ ، ومالكٌ : إذا علَّقَ الطَّلاقَ بصِفَةٍ ، تأْتِى لا مَحالةَ ، كقولِه : أنتِ طالقٌ إذا طلعتِ الشَّمسُ ، أو دخلَ رمضانُ . طَلُقَتْ فى الحالِ ؛ لأنَّ النِّكاحَ لا يَكونُ مؤقَّتًا بزمانٍ ، ولذلك لا يَجوزُ أن يَتزوَّجَها شَهْرًا . ولَنا ، أنَّ ابنَ عبَّاسٍ كان يقولُ ، فى الرَّجلِ يقولُ لامرأتِه : أنتِ طالقٌ إلى رأسِ السَّنَةِ . قال : يطَأُ فيما بينه وبينَ رأسِ السَّنَةِ[٥] . ولأنَّه إزالةُ مِلْكٍ يَصِحُّ تعليقُه بالصِّفاتِ ، فمتى علَّقَه بصِفَةٍ لم يَقَعْ قبلَها ، كالعِتْقِ ، فإنَّهم سلَّمُوه . وقد احْتجَّ أحمدُ بقولِ أبى ذَرٍّ : إنّ لى إبِلًا يَرْعاها عبدٌ لى ، وهو عَتِيقٌ إلى الحَوْلِ[٦] . ولأنَّه تَعْليقٌ للطَّلاقِ بصِفَةٍ لم تُوجَدْ ، فلم يَقَعْ ، كما لو قال : أنتِ طالقٌ إذا قَدِمَ الحَاجُّ . وليس هذا تَوْقيتًا للنِّكاحِ ، وإنَّما هو توقيتٌ للطَّلاقِ . وهذا لا يُمنَعُ ، كما أنَّ النِّكاحَ لا يجوزُ أن يكونَ مُعَلَّقًا بشَرْطٍ ، والطَّلاقُ يجوزُ فيه التَّعْليقُ .

٧/٢١٥و **فصل** : ولو قال : أنتِ طالقٌ إلى شهرِ كذا ، أو سنةِ كذا/ . فهو كما لو قال : فى شهرِ كذا ، أو سنةِ كذا . ولا يَقَعُ الطَّلاقُ إلَّا فى أوَّلِ ذلك الوقتِ ، وبه قال الشّافعىُّ . وقال أبو

---

(٤) أبو هاشم الرمانى الواسطى ، يحيى بن دينار ، واختلف فى اسم أبيه ، فقيه ، صدوق ، ثقة ، توفى سنة اثنتين وعشرين ومائة . تهذيب التهذيب ١٢ / ٢٦١ .

(٥) أخرج نحوه ابن أبى شيبة ، فى : باب من قال : لا يطلق حتى يحل الأجل ، من كتاب الطلاق . المصنف ٥ / ٢٩ . وانظر السنن الكبرى ٧ / ٣٥٦ .

(٦) أخرجه ابن أبى شيبة ، فى : باب من قال : لا يطلق حتى يحل الأجل ، من كتاب الطلاق . المصنف ٥ / ٢٩ .

حنيفةَ : يَقَعُ فى الحالِ ؛ لأنَّ قولَه : أنتِ طالقٌ . إيقاعٌ فى الحالِ ، وقولُه : إلى شهرِ كذا . تأقيتٌ له وغايةٌ ، وهو لا يَقْبَلُ التَّأقيتَ ، فبطَلَ التّأقيتُ ، ووقعَ الطّلاقُ . ولَنا ، قولُ ابنِ عبَّاسٍ ، وقولُ أبى ذرٍّ ، ولأنَّ هذا يَحْتمِلُ أن يَكونَ تَوْقيتًا لإِيقاعِه ، كقولِ الرَّجلِ : أنا خارِجٌ إلى سنةٍ . أى بعدَ سنةٍ . وإذا احْتَمَلَ الأمْرَيْنِ ، لم يَقَعِ الطّلاقُ بالشَّكِّ . وقد تَرجَّحَ ما ذكَرْناه من وَجْهينِ ؛ أحدُهما ، أنَّه جعلَ للطّلاقِ غايةً ، ولا غايةَ لآخرِه ، وإنَّما الغايةُ لأوَّلِه . والثّانى ، أنَّ ما ذكَرْناه عَمَلٌ باليَقينِ ، وما ذكَرُوه أخْذٌ بالشَّكِّ . فإن قال : أرَدْتُ أنَّها طالقٌ فى الحالِ إلى سنةِ كذا . وقعَ فى الحالِ ؛ لأنَّه يُقِرُّ على نفسِه بما هو أغْلَظُ ، ولفظُه يَحْتمِلُه . وإن قال : أنتِ طالقٌ مِنَ اليومِ إلى سنةٍ . طَلُقَتْ فى الحالِ ؛ لأنَّ مِنْ لابتداءِ الغايةِ ، فيَقْتَضِى أنّ طلاقَها مِنَ اليومِ . فإن قال : أردتُ أنّ عَقْدَ الصِّفةِ مِنَ اليومِ ، ووُقوعَه بعدَ سنةٍ . لم يَقَعْ إلَّا بعدَها . وإن قال : أرَدْتُ تكْريرَ وقُوعِ طلاقِها مِن حينِ لَفَظْتُ به إلى سنةٍ ، طَلُقَتْ من ساعتِها ثلاثًا ، إذا كانت مَدْخولًا بها . قال أحمدُ : إذا قال لها : أنتِ طالقٌ مِنَ اليومِ إلى سنةٍ . يُريدُ التَّوكيدَ ، وكَثْرةَ الطَّلاقِ ، فتلك طالقٌ من ساعتِها .

فصل : إذا قال : أنتِ طالقٌ فى آخرِ أوَّلِ الشّهرِ . طَلُقَتْ فى آخرِ أوَّلِ يومٍ منه ، لأنَّه أوَّلُه ، وإن قال : فى أوَّلِ آخرِه ، طَلُقَتْ فى أوَّلِ آخرِ يومٍ منه ؛ لأنَّه آخِرُه . وقال أبو بكرٍ فى الأُولى : تَطْلُقُ بغروبِ الشَّمسِ من اليومِ الخامِسِ عَشَرَ منه . وفى الثَّانيةِ : تَطْلُقُ بدُخولِ أوَّلِ ليلةِ[7] السادسِ عَشَرَ منه ؛ لأنَّ الشّهرَ نصفانِ ، أوَّلُ ، وآخرُ ، فآخِرُ أوَّلِه يَلِى أوَّلَ آخرِه . وهذا قولُ أبى العبّاسِ ابنِ سُرَيجٍ . وقال أكثرُهم كقَوْلِنا ، وهو أصحُّ ؛ فإنَّ ما عدا اليومَ الأوَّلَ لا يُسَمَّى أوَّلَ الشّهرِ ، ويَصِحُّ نَفْيُه عنه ، وكذلك لا يُسَمَّى أوْسَطُ الشَّهرِ آخرَه ، ولا يُفْهَمُ ذلك مِن إطلاقِ لفظِه ، / فوَجَبَ أن لا يُصْرَفَ كلامُ الحالفِ إليه ، ولا يُحْمَلَ كلامُه عليه . ٢١٥/٧ظ

(٧) فى ا ، ب ، م : « الليلة » .

فصل : وإذا قال : إذا مضتْ سَنَةٌ فأنتِ طالقٌ ، أو أنتِ طالقٌ إلى سنةٍ . فإنّ ابتداءَ السَّنَةِ من حينَ حلَفَ إلى تمامِ اثنَىْ عَشرَ شهرًا بالأهِلَّةِ ؛ لقولِه تعالى : ﴿ يَسْـَٔلُونَكَ عَنِ ٱلْأَهِلَّةِ قُلْ هِىَ مَوَٰقِيتُ لِلنَّاسِ وَٱلْحَجِّ ﴾[8] . فإن حَلَفَ فى أوّلِ شَهْرٍ[9] ، فإذا مَضَى اثنا عشَرَ شهرًا وقعَ طلاقُه . وإن حلفَ فى أثناءِ شهرٍ ، عَدَدْتَ ما بَقِىَ منه ، ثم حَسَبْتَ بَعدُ بالأهِلَّةِ ، فإذا مَضَتْ أحَدَ عَشَرَ شهرًا نَظَرْتَ ما بَقِىَ مِنَ الشّهرِ الأوّلِ ، فكَمَّلْتَه ثلاثينَ يومًا ، لأنَّ الشَّهرَ اسمٌ لما بينَ هِلالَيْنِ . فإذا تفرَّقَ[10] كان ثلاثينَ يومًا . وفيه وجهٌ آخرُ ، أنّه تُعْتبَرُ الشُّهورُ كلُّها بالعَدَدِ . نَصَّ عليه أحمدُ ، فى من نَذَرَ صيامَ شهرينِ مُتَتَابعَيْنِ[11] ، فاعترضَ الأيّامُ . قال : يَصومُ ستِّينَ يومًا . وإن ابتدأ مِن شهرٍ ، فصام شَهْرينِ ، فكانا ثمانيةً وخمسينَ يومًا ، أجْزأه ؛ وذلك أنّه لمَّا صامَ نصفَ شهرٍ ، وجبَ تَكميلُه مِنَ الذى يَلِيه ، فكان ابتداءُ الثّانى مِن نِصْفِه أيضًا ، فوجبَ أن يُكَمِّلَه بالعَدَدِ ، وهذا المعنى موجودٌ فى السَّنَةِ . ووَجْهُ الأوّلِ أنّه أمْكَنَ اسْتيفاءُ أحدَ عشرَ بالأهِلَّةِ ، فوجَبَ الاعْتبارُ بها ، كما لو كانت يَمِينُه فى أوّلِ شهرٍ ، ولا يَلْزمُ أن يُتِمَّ الأوّلَ مِنَ الثّانى ، بل يُتِمُّه[12] مِن آخرِ الشُّهورِ . وإن قال : أرَدْتُ بقولى : سَنَةً . إذا انْسلَخَ ذُو الحِجَّةِ . قُبِلَ ؛ لأنّه يُقِرُّ على نفسِه بما هو أغْلَظُ . وإن قال : إذا مَضَتِ السَّنَةُ فأنتِ طالقٌ . طَلُقَتْ بانْسِلاخِ ذى الحِجَّةِ ؛ لأنّه لمَّا عرَّفَها بلامِ التَّعريفِ ، انْصرفَتْ إلى السَّنَةِ المعروفةِ ، التى آخرُها ذو الحِجَّةِ . فإن قال : أردتُ بالسَّنَةِ اثنَىْ عَشَرَ شهرًا . قُبِلَ ؛ لأنَّ السَّنَةَ اسمٌ لها حَقِيقةً .

فصل : فإن قال : أنتِ طالقٌ ، فى كلِّ سَنَةٍ طَلْقةً . فهذه صِفَةٌ صحيحةٌ ؛ لأنّه

---

(8) سورة البقرة ١٨٩ .

(9) فى ب ، م : « الشهر » .

(10) فى ب ، م : « تفرقا » .

(11) فى الأصل زيادة : « منه » .

(12) فى ا : « يتممه » .

يَمْلِكُ إيقاعَه فى كلِّ سنةٍ ، فإذا جعلَ ذلك صِفَةً ، جازَ ، ويَكونُ ابْتداءُ المُدَّةِ عَقِيبَ يَمينِه ؛ لأنَّ كلَّ أجَلٍ ثَبَتَ بِمُطْلَقِ العَقْدِ ، ثبتَ عَقِيبَه ، كقولِه : واللهِ لا كَلَّمْتُكَ سَنَةً . فيَقعُ فى الحالِ طَلْقةٌ ؛ لأنَّه جعلَ السَّنَةَ ظرفًا للطَّلاقِ ، فتَقَعُ فى أوَّلِ جُزْءٍ منها ، وتَقعُ الثَّانيةُ فى أوَّلِ الثَّانيةِ ، والثَّالثةُ فى أوَّلِ / الثالثةِ ، إن دخَلَتا[13] عليها وهى فى نكاحِه ، لكَوْنِها لم تَنْقَضِ عِدَّتُها ، أو ارْتَجعَها فى عِدَّةِ الطَّلْقةِ الأُولى وعِدَّةِ الثَّانيةِ ، أو جَدَّدَ نكاحَها بعدَ أن بانَتْ ، فإن انقضتْ عِدَّتُها فبانَتْ منه ، ودخلَتِ السَّنَةُ الثَّانيةُ وهى بائنٌ ، لم تَطْلُقْ ؛ لكَوْنِها غيرَ زوجةٍ له[14] . فإن تَزوَّجَها فى أثنائِها ، اقْتضَى قولُ أكثرِ أصحابِنا وُقوعَ الطَّلاقِ عَقِيبَ تَزْويجِه لها ؛ لأنَّه جُزْءٌ مِنَ السَّنَةِ الثَّانيةِ التى جعلَها ظرفًا للطَّلاقِ ، ومَحَلًّا له ، وكان سبيلُه أن تَقعَ فى أوَّلِها ، فمَنَعَ منه كونُها غيرَ مَحَلٍّ لطلاقِه[15] ؛ لعدمِ نكاحِه حينئذٍ ، فإذا عادتِ الزَّوجيَّةُ ، وقعَ فى أوَّلِها . وقال القاضى : تَطْلُقُ بدخولِ السَّنَةِ الثَّالثةِ . وعلى قولِ التَّميمىِّ ومَنْ وافقَه ، تَنْحَلُّ الصِّفةُ بوُجودِها فى حالِ البَيْنُونةِ ، فلا تَعودُ بحالٍ . وإن لم يَتزوَّجْها حتى دخلتِ السَّنَةُ الثَّالثةُ ، ثم نكَحَها ، طَلُقَتْ عَقِيبَ تَزْويجِها ، ثم طَلُقَتِ الثَّالثةَ بدخولِ السَّنَةِ الرَّابعةِ . وعلى قولِ القاضى ، لا تَطْلُقُ إلَّا بدخولِ الرَّابعةِ ، ثم تَطْلُقُ الثَّالثةَ بدُخولِ الخامسةِ . وعلى قولِ التَّميمىِّ ، قد انْحَلَّتِ الصِّفةُ . واختُلِفَ فى مَبْدأِ السَّنَةِ الثَّانيةِ ؛ فظاهرُ ما ذكَرَه القاضى ، أنَّ أوَّلَها بعدَ انقضاءِ اثنَىْ عَشَرَ شهرًا مِن حينِ يَمينِه ؛ لأنَّه جَعلَ ابتداءَ المُدَّةِ حينَ يَمينِه . وكذلك قالَ أصحابُ الشّافعىِّ . وقال أبو الخطَّابِ : ابْتداءُ السَّنَةِ الثَّانيةِ أوَّلُ المُحَرَّمِ ؛ لأنَّها السَّنَةُ المعروفةُ ، فإذا علَّقَ ما يَتَكَرَّرُ على تَكَرُّرِ السِّنِينَ ، انْصرَفَ إلى السِّنِينَ المعروفةِ ، كقَوْلِ اللهِ تعالى : ﴿ أَوَلَا يَرَوْنَ أَنَّهُمْ يُفْتَنُونَ فِى كُلِّ عَامٍ ﴾[16] . وإن قال : أردتُ بالسَّنَةِ اثنَىْ

٧/٢١٦و

---

(١٣) فى الأصل : « دخلت » .

(١٤) سقط من : ا ، ب ، م .

(١٥) فى ب ، م : « للطلاق » .

(١٦) سورة التوبة ١٢٦ .

عَشَرَ شهرًا ؛ قُبِلَ ؛ لأنَّها سَنَةٌ حقيقةً[17] . وإن قال : نَوَيْتُ أنَّ ابْتـداءَ السِّنِيـنَ أوّلُ السَّنَةِ الجديدةِ مِنَ المُحَرَّمِ . دِينَ . قال القاضى : ولا يُقبَلُ منه فى الحُكْمِ ؛ لأنَّه خلافُ الظَّاهرِ . والأَوْلَى أن يُخَرَّجَ على روايتينِ ؛ لأنَّه مُحْتمِلٌ مُخالِفٌ للظَّاهرِ .

فصل : إذا قال : أنتِ طالقٌ إذا رأيتُ هلالَ رمضانَ . طَلُقَتْ برُؤْيِةِ النَّاسِ له فى أوّلِ الشَّهرِ . وبهذا قال الشَّافعيُّ . وقال أبو حنيفةَ : لا تَطْلُقُ إلَّا أن يَراه ؛ لأنَّه علَّقَ الطَّلاق برُؤْيِةِ نفسِه ، فأشْبَهَ ما لو علَّقَه / على رُؤْيِةِ زيدٍ . ولَنا ، أنَّ الرُّؤْيَةَ للهلالِ فى عُرْفِ الشَّرعِ العلمُ به فى أوَّلِ الشَّهرِ ؛ بدليلِ قولِه عليه السَّلامُ : « إِذَا رَأَيْتُمُ الْهِلَالَ فَصُومُوا ، وَإِذَا رَأَيْتُمُوهُ فَأَفْطِرُوا »[18] . والمرادُ به رُؤْيةُ البعضِ ، وحُصولُ العلمِ ، فانْصَرَفَ لفظُ الحالفِ إلى عُرْفِ الشَّرعِ ، كما لو قال : إذا صلَّيْتُ فأنتِ طالقٌ . فإنَّه يَنْصرِفُ إلى الصَّلاةِ الشَّرعيةِ ، لا إلى الدُّعاءِ . وفارقَ رُؤْيةَ زيدٍ ، فإنَّه لم يَثْبُتْ له عُرْفٌ شَرعيٌّ يُخالِفُ الحقيقةَ . وكذلك لو لم يَرَه أحدٌ ، لَكِنْ ثَبَتَ الشَّهرُ بتمامِ العَدَدِ طَلُقَتْ ؛ لأنَّه قد عَلِمَ طُلوعَه بتمامِ العَدَدِ . وإن قال : أرَدْتُ[19] إذا رأيتُه بعَيْنِى . قُبِلَ ؛ لأنَّها رُؤْيةٌ حقيقةً . وتَتعلَّقُ الرُّؤْيةُ برؤيةِ الهلالِ بعدَ الغروبِ ، فإن رأى قبلَ ذلك لم تَطْلُقْ ؛ لأنَّ هلالَ الشَّهرِ ما كان فى أوَّلِه ، ولأنَّنا جعلْنَا رؤيةَ الهلالِ عبارةً عن دُخولِ أوَّلِ الشَّهرِ . ويَحْتمِلُ أن تَطْلُقَ برؤيتِه قبلَ الغروبِ ؛ لأنَّه يُسَمَّى رُؤْيةً ، والحُكْمُ مُتَعَلِّقٌ به فى الشَّرعِ . فإن قال : أردتُ إذا رأيتُه أنا بعَيْنِى . فلم يَرَه حتى أقْمَرَ ، لم تَطْلُقْ ؛ لأنَّه ليسَ بهلالٍ . واختُلِفَ فيما يَصيرُ به قَمَرًا ، فقِيلَ : بعدَ ثالثةٍ . وقِيلَ : إذا اسْتدارَ . وقيل إذا بَهَرَ ضَوْءُه .

فصل : قال أحمدُ : إذا قال لها : أنتِ طالقٌ ليلةَ القَدْرِ . يَعتزِلُها إذا دخلَ العَشْرُ وقبلَ العَشْرِ ، أهلُ المدينةِ يَرَونَها فى السَّبْعَ عشرةَ ، إلَّا أنَّ المُثبَتَ عن النَّبيِّ ﷺ فى العشرِ

(١٧) فى ا : « حقيقية » .

(١٨) تقدم تخريجه ، فى : ٤ / ٣٣٠ ، ٣٣١ .

(١٩) سقط من : الأصل .

الأواخرِ[٢٠] . إنَّما أمرَه باجتنابِها فى العشرِ لأنَّ النَّبىَّ ﷺ أمرَ بالْتماسِ ليلةِ القدرِ فى العَشْرِ الأواخرِ ، فيَحْتمِلُ أن تَكونَ أوّلَ ليلةٍ منه ، ويُمْكِنُ أنَّ هذا منه على سبيلِ الاحْتياطِ ، ولا يَتحقَّقُ حِنْثُه إلى آخِرِ ليلةٍ مِنَ الشَّهرِ ؛ لاحْتمالِ أن تكونَ هى تلك اللَّيلةَ .

فصل : وإذا علَّقَ طلاقَها على شَرْطٍ مُستَقْبَلٍ ، ثم قال : عَجَّلْتُ لك تلك الطَّلقةَ . لم تَتَعَجَّلْ ؛ لأنَّها مُعَلَّقَةٌ بزمنٍ مُستقبَلٍ ، فلم يَكُنْ له إلى تَغْييرِها سبيلٌ . وإن أرادَ تَعْجيلَ طلاقٍ سِوَى تلك الطَّلْقةِ ، وقعَتْ بها طلقةٌ ، فإذا جاء الزَّمنُ الذى علَّقَ الطَّلاقَ به ، وهى فى حِبالِه ، وقعَ بها الطَّلاقُ المُعَلَّقُ .

فصل : إذا قال : أنتِ طالقٌ غدًا إذا قَدِمَ زيدٌ ، لم تَطْلُقْ حتى يَقْدَمَ ؛ / لأنَّ إذا اسمُ زمنٍ مُسْتقبَلٍ ، فمعناه أنتِ طالقٌ غدًا وقتَ قدومِ زيدٍ . وإن لم يَقْدَمْ زيدٌ فى غدٍ لم تَطْلُقْ ، وإن قَدِمَ بعدَه ؛ لأنَّه قَيَّدَ طلاقَها بقُدومٍ مُقَيَّدٍ بصِفَةٍ ، فلا تَطْلُقُ حتى تُوجَدَ . وإن ماتت غُدوةً ، وقَدِمَ زيدٌ بعدَ موتِها ، لم تَطْلُقْ ؛ لأنَّ الوقتَ الذى أوْقعَ طلاقَها فيه لم يأْتِ ، وهى مَحَلٌّ للطَّلاقِ ، فلم تَطْلُقْ ، كما لو ماتتْ قبلَ دخولِ ذلك اليومِ . وإن قال : أنتِ طالقٌ يومَ يَقْدَمُ زيدٌ. فقَدِمَ ليلًا ، لم تَطْلُقْ ؛ لأنَّه لم يُوجَدِ الشَّرْطُ ، إلَّا أن يُرِيدَ باليومِ الوقتَ ، فتَطْلُقُ وقتَ قدومِه ؛ لأنَّ الوقتَ يُسَمَّى يومًا ، قال اللهُ تعالى : ﴿ وَمَن يُوَلِّهِمْ يَوْمَئِذٍ دُبُرَهُ ﴾[٢١] . وإن ماتتِ المرأةُ غُدْوةً ، وقَدِمَ زيدٌ ظُهْرًا ، ففيه وَجْهانِ ؛ أحدُهما ، نَتَبَيَّنُ أنَّ طلاقَها وقعَ من أوَّلِ اليومِ ؛ لأنَّه لو قال : أنتِ طالقٌ يومَ الجمعةِ . طَلُقَتْ مِن أوَّلِه ، فكذا إذا قال : أنتِ طالقٌ يومَ يَقْدَمُ زيدٌ . فيَنْبَغِى[٢٢] أن تَطْلُقَ بطُلوعِ فَجْرِه . والثَّانى ، لا يَقَعُ الطَّلاقُ ؛ لأنَّ شَرْطَه قُدومُ زيدٍ ، ولم يُوجَدْ إلَّا بعدَ مَوْتِ المرأةِ ، فلم يَقَعْ ، بخلافِ يومِ الجمعةِ ، فإنَّ شَرْطَ الطَّلاقِ مَجِىءُ يومِ الجمعةِ ، وقد وُجِدَ ، وهٰهُنا شَرْطانِ ، فلا

٢/٧و

---

(٢٠) تقدم تخريج أحاديث التماس ليلة القدر فى العشر الأواخر ، فى : ٤ / ٤٤٨-٤٥٠ .

(٢١) سورة الأنفال ١٦ .

(٢٢) فى الأصل ، ا : « ينبغى » .

يُؤخَذُ بأحدِهما . والأوّلُ أوْلَى ، وليس هذا شَرْطًا ، إنَّما هو بَيانٌ للوقتِ الذى يَقعُ فيه الطَّلاقُ مُعَرَّفًا بفعلٍ يَقَعُ فيه ، فيَقعُ فى أوّلِه ، كقولِه : أنتِ طالقٌ اليومَ الذى نُصَلِّى فيه الجمعةَ . ولو قال : أنتِ طالقٌ فى اليومِ الذى يَقْدَمُ فيه زيدٌ . فكذلك . ولو مات الرَّجلُ غُدْوةً ، ثم قَدِمَ زيدٌ ، أو ماتَ الزَّوجانِ قبلَ قدومِ زيدٍ ، كان الحُكْمُ كما لو ماتتِ المرأةُ . ولو قال : أنتِ طالقٌ فى شهرِ رمضانَ إن قَدِمَ زيدٌ . فقَدِمَ فيه ، خُرِّجَ فيه وَجْهانِ ؛ أحدُهما ، لا تَطْلُقُ حتى يَقْدَمَ زيدٌ ؛ لأنَّ قُدومَه شَرْطٌ ، فلا يَتَقَدَّمُه المشْروطُ ، بدليلِ ما لو قال : أنتِ طالقٌ إن قَدِمَ زيدٌ . فإنَّها لا تَطْلُقُ قبلَ قُدومِه بالاتِّفاقِ . وكما لو قال : إذا قَدِمَ زيدٌ . والثانى ، أنَّه إن قَدِمَ زيدٌ تَبيَّنَّا وُقوعَ الطَّلاقِ من أوَّلِ الشَّهرِ ، قياسًا على المسألةِ التى قبلَ هذه .

فصل : إذا قال : أنتِ طالقٌ اليومَ [23]وطالقٌ غدًا[23] . طَلُقَتْ واحدةً ؛ لأنَّ مَنْ طَلُقَت اليومَ فهى طالقٌ غدًا . وإن قال : أردتُ أن تَطْلُقَ اليومَ ، وتَطْلُقَ غدًا . طَلُقَتْ طلقتَيْنِ فى اليومينِ . وإن قال : أردتُ أنَّها تَطْلُقُ فى أحدِ اليَوْمينِ . طَلُقَتْ اليوم ، ولم تَطْلُقْ غدًا[24] ؛ لأنَّه جعلَ الزَّمانَ كلَّه ظَرْفًا لوُقوعِ الطَّلاقِ ، فوقَعَ فى أوَّلِه . وإن قال : أرَدْتُ نِصْفَ طَلْقةٍ اليومَ ونصفَ طلقةٍ غدًا ، طَلُقَتِ اليومَ واحدةً ، وأُخرى غدًا ؛ لأنَّ النِّصفَ يُكَمَّلُ فيَصيرُ طلقةً تامَّةً . وإن قال : أردتُ نصفَ طلقةٍ اليومَ وباقِيَها غدًا . احتمَلَ ذلك أيضًا ، واحْتَمَلَ أن لا تَطْلُقَ إلَّا واحدةً ؛ لأنَّه إذا قال : نصفُها ، كُمِّلَتِ اليومَ كلُّها ، فلم يَبْقَ لها بقيَّةٌ تقعُ غدًا ، ولم يَقَعْ شىءٌ غيرَها ؛ لأنَّه ما أوقعَه . وذكَرَ القاضى هذا الاحْتمالَ أيضًا فى المسألةِ الأُولى أيضًا . وهو مذهبُ الشَّافعىِّ ، ذكَرَ أصحابُه فيها الوَجْهينِ .

فصل : إذا قال : أنت طالقٌ اليومَ إذا جاء غدٌ . فاختارَ القاضى أنَّ الطَّلاقَ يَقعُ فى الحالِ ؛ لأنَّه علَّقَه بشَرْطٍ مُحَالٍ ، فلَغَا الشَّرطُ ، ووقعَ الطَّلاقُ . كما لو قال لمَنْ لا سُنَّة

(٢٣ - ٢٣) فى ا : « وغدا » .

(٢٤) سقط من : الأصل ، ب ، م .

لطلاقِها ولا بِدْعَة : أنتِ طالقٌ للسُّنَّةِ . وقال ، فى « المُجَرَّدِ » : لا يَقعُ ؛ لأنَّ شَرْطَه لم يَتحقَّقْ ، لأنَّ مُقْتضاه وقوعُ الطَّلاقِ إذا جاء غدٌ فى اليومِ ، ولا يَأْتِى غدٌ إلَّا بعدَ فواتِ اليومِ وذَهَابِ مَحَلِّ الطّلاقِ . وهو قولُ أصحابِ الشَّافعىِّ .

/ فصل : إذا قال : أنتِ طالقٌ أمسِ . ولا نِيَّةَ له ، فظاهرُ كلامِ أحمدَ ، أنَّ الطَّلاقَ لا يَقعُ فرُوِىَ عنه فى مَن قال لزوجتِه : أنتِ طالقٌ أمسِ . وإنَّما تزوَّجَها اليومَ : ليس بشىءٍ . وهذا قولُ أبى بكرٍ . وقال القاضى فى بعضِ كتبِه : يَقعُ الطَّلاقُ . وهو مذهبُ الشَّافعىِّ ؛ لأنَّه وصفَ الطَّلْقةَ بما لا تَتَّصِفُ به ، فلَغَتِ الصِّفَةُ ، ووقعَ الطَّلاقُ ، كما لو قال لمن لا سُنَّةَ لها ولا بِدْعَة : أنتِ طالقٌ للسُّنَّةِ . أو قال : أنتِ طالقٌ طلقةً لا تلزمُك . ووَجْهُ الأوَّلِ أنَّ الطَّلاقَ رَفْعُ الاسْتِباحة ، ولا يُمْكِنُ رفعُها فى الزَّمنِ الماضى ، فلم يَقَعْ ، كما لو قال : أنتِ طالقٌ قبلَ قُدومِ زيدٍ بيومين . فقَدِمَ اليومَ ، فإنّ أصحابَنا لم يخْتلِفُوا فى أنَّ الطَّلاقَ لا يَقعُ . وهو قولُ أكثرِ أصحابِ الشّافعىِّ ، وهذا طلاقٌ فى زمنٍ ماضٍ ، ولأنَّه علَّقَ الطَّلاقَ بمُسْتحيلٍ فلَغَا ، كما لو قال : أنتِ طالقٌ إن قَلَبْتِ الحَجَرَ ذهبًا . وإن قال : أنتِ طالقٌ قبلَ أن أتزوَّجَك . فالحُكمُ فيه كما لو قال : أنتِ طالقٌ أمسِ . قال القاضى : ورأيتُ بخطِّ أبى بكرٍ ، فى « جزءٍ مفردٍ » ، أنَّه قال : إذا قال : أنتِ طالقٌ قبلَ أن أتزوَّجَك . طَلُقَتْ . ولو قال : أنتِ طالقٌ أمسِ . لم يَقعْ ؛ لأنَّ أمسِ لا يُمْكِنُ وُقوعُ الطَّلاقِ فيه ، وقبلَ تَزْويجِها مُتَصَوَّرُ الوُجُودِ ، فإنَّه يُمْكِنُ أن يَتزوَّجَها ثانيًا ، وهذا الوقتُ قبلَه ، فوقعَ فى الحالِ ، كما لو قال : أنتِ طالقٌ قبلَ قُدومِ زيدٍ . وإن قَصَدَ بقوله : أنتِ طالقٌ أمسِ ، أو قبلَ أن أتزوَّجَك . إيقاعَ الطَّلاقِ فى الحالِ ، مُستنِدًا إلى ذلك الزَّمانِ ، وقعَ فى الحالِ . وإن أرادَ الإخبارَ أنَّه كان[25] قد طلَّقَها هو ، أو زوجٌ قبلَه ، فى ذلك الزَّمانِ الذى ذكَرَه ، وكان قد وُجِدَ ذلك ، قُبِلَ منه ، وإن لم يكن وُجِدَ ، وقعَ طلاقُه . ذكَرَه أبو الخطَّابِ . وقال القاضى : يُقبَلُ على ظاهِرِ كلامِ أحمدَ ؛ لأنَّه فسَّرَه بما يَحْتَمِلُه ، ولم يَشْترِطِ الوجودَ .

(٢٥) سقط من : ا .

وإن أرادَ أنّى كنتُ طلَّقتُك أمسِ . فكذَّبَتْه ، لَزِمَتْه الطّلقةُ ، وعليها العِدَّةُ من يومِها ؛ لأنَّها اعْترفَتْ أنَّ أمسِ لم يكُنْ مِن عِدَّتِها . وإن ماتَ ولم يُبيِّنْ مرادَه ، فعلى وَجْهيْنِ ؛ بناءً على اخْتلافِ القَوْلينِ فى المُطَلِّقِ ، إن قُلْنا : لا يَقعُ به شىءٌ . لم يَلْزَمْه هٰهُنا شىءٌ . وإن قُلْنا بوُقوعِه ثَمَّ ، وقَعَ هٰهُنا .

فصل : وإن قال لزوجتِه : أنتِ طالقٌ قبلَ قُدومِ زيدٍ بشهرٍ . فقَدِمَ بعدَ شهرٍ وجُزْءٍ يقَعُ الطّلاقُ فيه ، تَبيَّنّا أنّ طلاقَه وقعَ قبلَ الشَّهرِ ؛ لأنَّه إيقاعٌ للطَّلاقِ بعدَ عَقْدِه . وبهذا/ قال الشّافعىُّ ، وزُفَرُ . وقال أبو حنيفةَ وصاحباه : يَقعُ الطّلاقُ عندَ قُدومِ زيدٍ ؛ لأنَّه جعل الشَّهرَ شَرْطًا لوُقوعِ الطَّلاقِ ، فلا يَسْبِقُ الطَّلاقُ شرطَه . ولَنا ، أنَّه أوْقعَ الطَّلاقَ فى زمنٍ على صِفَةٍ ، فإذا حَصَلَتِ الصِّفةُ وقعَ فيه ، كما لو قال : أنتِ طالقٌ قبلَ رمضانَ بشهرٍ ، أو قبلَ موتِك بشهرٍ . فإنَّ أبا حنيفةَ خاصَّةً يُسَلِّمُ ذلك ، ولا يُسَلِّمُ أنَّه جعلَ الشَّهرَ شَرْطًا ، وليس فيه حرفُ شرطٍ . وإن قَدِمَ قبلَ مُضِىِّ شهرٍ ، لم يَقَعْ ، بغيرِ اختلافٍ بينَ أصحابِنا . وهو قولُ أكثرِ أصحابِ الشّافعىِّ ؛ لأنَّه تعْليقٌ للطَّلاقِ على صِفَةٍ كان وجودُها مُمْكِنًا ، فوجبَ اعتبارُها . وإن قَدِمَ زيدٌ مع مُضِىِّ الشَّهرِ ، لم تَطْلُقْ ؛ لأنَّه لابُدَّ مِن جُزْءٍ يَقَعُ الطّلاقُ فيه . فإن خالَعَها بعدَ تعْليقِ طلاقِها بيومٍ ، ثم قَدِمَ زيدٌ بعدَ الخُلْعِ بشهرٍ وساعةٍ ، تَبيَّنّا أنّ الخُلْعَ وقعَ صحيحًا ، ولم يَقَعِ الطَّلاقُ ؛ لأنَّه صادفَها بائنًا . وإن قَدِمَ بعدَ عقدِ[٢٦] الصِّفَةِ بشَهْرٍ وساعةٍ ، وقعَ الطَّلاقُ ، وبَطَلَ الخُلْعُ ، ولها الرُّجوعُ بالعِوَضِ ، إلَّا أن يكونَ الطَّلاقُ رجعِيًّا ؛ لأنَّ الرَّجْعِيّةَ يَصِحُّ خُلْعُها . وإن كانت بحالِها ، فماتَ أحدُهما بعدَ عَقْدِ الصِّفَةِ بيومٍ ، ثم قَدِمَ زيدٌ بعدَ شهرٍ وساعةٍ من حينِ عَقْدِ الصِّفةِ ، لم يَرِثْ أحدُهما الآخَرَ ، لأنّا تَبيَّنّا أنَّ الطّلاقَ كان قد وقعَ قبلَ موتِ المَيِّتِ منهما ، فلم يَرِثْه صاحبُه ، إلّا أن يكونَ الطَّلاقُ رَجْعِيًّا ، فإنَّه لا يَقْطَعُ التَّوارُثَ ، ما دامت فى العِدَّةِ . فإن قَدِمَ بعدَ الموتِ بشَهْرٍ وساعةٍ ، تَبيَّنّا أنَّ الفُرقةَ وقعَتْ بالموتِ ، ولم يَقَع

٢/٨و

(٢٦) سقط من : الأصل .

طلاقٌ . فإن قال : أنتِ طالقٌ قبلَ مَوْتى بشهرٍ . فمات أحدُهما قبلَ مُضِىِّ شهرٍ ، لم يَقعْ طلاقٌ ؛ لأنَّ الطَّلاقَ لا يَقعُ فى الماضى . وإن ماتَ بعدَ عَقْدِ اليمينِ بشهرٍ وساعةٍ ، تَبيَّنَّا وقُوعَ الطَّلاقِ فى تلك السَّاعةِ ، ولم يَتَوارَثا ، إلَّا أن يكونَ الطَّلاقُ رَجْعِيًّا ، ويموتَ فى عِدَّتِها . وإن قال : أنتِ طالقٌ قبلَ موتى . ولم يَزِدْ شيئًا ، طَلُقَتْ فى الحالِ ؛ لأنَّ ما قبلَ موتِه من حينِ عَقْدِ الصِّفَةِ مَحَلٌّ للطَّلاقِ ، فوقعَ فى أوَّلِه . وإن قال : قبلَ موتِك أو موتِ زيدٍ . فكذلك . وإن قال : أنتِ طالقٌ قبلَ قُدومِ زيدٍ ، أو قبلَ دخولِك الدَّارَ . فقال القاضى : تَطْلُقُ فى الحالِ ، سَواءٌ قَدِمَ زيدٌ أو لم يَقْدَمْ ؛ بدليلِ قولِ اللهِ تعالى : ﴿ يَـٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ أُوتُواْ ٱلْكِتَـٰبَ ءَامِنُواْ بِمَا نَزَّلْنَا مُصَدِّقًا لِّمَا مَعَكُم مِّن قَبْلِ أَن نَّطْمِسَ وُجُوهًا فَنَرُدَّهَا عَلَىٰٓ أَدْبَارِهَآ ﴾[27] . ولم يُوجَدِ الطَّمْسُ فى المأمورِينَ / . ولو قال لغلامِه : اسْقِنى قبلَ أن أضْرِبَك . فسَقاه فى الحالِ ، عُدَّ مُمْتَثِلًا وإن لم يَضرِبْه . ولو[28] قال : أنت طالقٌ قُبَيْلَ مَوْتِى ، أو قُبَيلَ قُدومِ زيدٍ . لم يَقعْ فى الحالِ ، وإنَّما يَقعُ ذلك فى الجزءِ الذى يَلِى الموتَ ؛ لأنَّ ذلك تصغيرٌ يَقْتَضِى الجزءَ اليسيرَ[29] الذى يَبْقَى . وإن قال : أنتِ طالقٌ قبلَ موتِ زيدٍ وعمرٍو بشهرٍ . فقال القاضى : تتعلَّق الصِّفَةُ بأوَّلِهما مَوْتًا ؛ لأنَّ اعتبارَه بالثَّانى يُفْضِى إلى وُقوعِه بعدَ مَوْتِ الأوَّلِ ، [30]واعْتبارُه بالأوَّلِ[30] لا[31] يُفْضِى إلى ذلك ، فكان أوْلَى .

٢/٨ ظ

١٢٧١ ـ مسألة ؛ قال : (وَإِذَا قَالَ لَهَا : إِذَا طَلَّقْتُكِ فَأَنْتِ طَالِقٌ . فَإِذَا طَلَّقَهَا لَزِمَهُ اثْنَتَانِ ، إِذَا كَانَتْ مَدْخُولًا بِهَا ، وَإِنْ كَانَتْ غَيْرَ مَدْخُولٍ بِهَا ، لَزِمَتْهُ وَاحِدَةٌ)

وجملةُ ذلك أنَّه إذا قال للمدخولِ[1] بها : إذا طلَّقتُكِ فأنتِ طالقٌ . ثم قال : أنتِ

---

(٢٧) سورة النساء ٤٧ .

(٢٨) فى الأصل : « وإن » .

(٢٩) فى الأصل : « الصغير » .

(٣٠ – ٣٠) سقط من : ا ، ب ، م .

(٣١) سقط من : ا .

(١) فى ب ، م : « لمدخول » .

طالقٌ . وقعتْ واحدةٌ بالمُبَاشِرَةِ ، وأُخْرَى بالصِّفَةِ ؛ لأنَّه جعلَ[2] تطليقَها شَرْطًا لوُقوعِ طلاقِها ، فإذا وُجِدَ الشَّرطُ وقعَ الطَّلاقُ . وإن كانتْ غيرَ مَدْخولٍ بها ، بانَتْ بالأُولى ، ولم تَقَعِ الثَّانيةُ ؛ لأنَّها لا عِدَّةَ عليها ، ولا تُمْكِنُ رَجْعتُها ، فلا يَقعُ طلاقُها إلَّا بائنًا ، فلا يَقعُ الطَّلاقُ ببائنٍ .

فصل : فإن قال : عَنَيْتُ بقولى هذا ، أنَّك تكونينَ طالقًا بما أوْقَعْتُه عليك . ولم أُرِدْ إيقاعَ طلاقٍ سِوَى ما باشَرْتُك به . دِينَ . وهل يُقبَلُ فى الحُكْمِ؟ يُخَرَّجُ على روايتَيْنِ ؛ أحدُهما ، لا يُقبَلُ . وهو مذهبُ الشّافعىِّ ؛ لأنَّه خلافُ الظَّاهرِ ، إذ الظَّاهرُ أنَّ هذا تعليقٌ للطَّلاقِ بشَرْطِ الطَّلاقِ ، ولأنَّ إخْبارَه إيَّاها بوُقوعِ طلاقِه بها لا فائدةَ فيه . والوجهُ الثَّانى ، يُقبَلُ قولُه ؛ لأنَّه يَحْتمِلُ ما قالَه ، فقُبِلَ ، كما لو قال لها : أنتِ طالقٌ أنتِ طالقٌ . وقال : أردتُ بالثَّانى التَّأكيدَ أو إفْهامَها .

فصل : فإن قال : إذا طلَّقتُكِ فأنتِ طالقٌ . ثم علَّقَ طَلاقَها بشَرْطٍ ، مثل قوله : إن خَرَجْتِ فأنتِ طالقٌ . فخَرجتْ ، طَلُقَتْ بخُروجِها ، ثم طَلُقَتْ بالصِّفَةِ أُخْرَى ؛ لأنَّه قد طَلَّقَها بعدَ عَقْدِ الصِّفَةِ . ولو قال أوَّلًا : إن خَرَجْتِ فأنتِ طالقٌ . ثم قال : إن طلَّقْتُك فأنتِ طالقٌ . فخَرجتْ ، طَلُقَتْ بالخُروجِ ، ولم تَطْلُقْ بتَعْليقِ الطَّلاقِ بطَلاقِها ؛ لأنَّه لم يُطلِّقْها بعدَ ذلك ، ولم يُحدِثْ عليها طلاقًا ؛ لأنَّ إيقاعَه الطَّلاقَ بالخُروجِ كان قبلَ تَعْليقِه الطَّلاقَ بتَطْليقِها ، فلم تُوجَدِ الصِّفَةُ ، فلم يَقَعْ . وإن قال : إن خَرَجْتِ فأنتِ طالقٌ . ثم قال : إن وقعَ عليك طَلاقِى[3] فأنتِ طالقٌ . فخَرجتْ ، طَلُقَتْ بالخُروجِ ، ثم تَطْلُقُ الثَّانيةَ بوقوعِ / الطَّلاقِ عليها ، إن كانتْ مَدْخولًا بها . ٣/٨و

فصل : وإن قال لها : كلَّما طلَّقتُكِ فأنتِ طالقٌ . فهذا حرفٌ يَقْتضِى التَّكْرَارَ ، فإذا قال لها بعد ذلك : أنتِ طالقٌ . وقعَ بها طَلْقتانِ ، إحْداهما بالمُبَاشِرَةِ ، والأُخرى

---

(٢) سقط من : الأصل .

(٣) سقط من : ا .

بالصِّفَةِ . ولا تَقَعُ ثالثةٌ ؛ لأنَّ الثَّانيةَ لم تَقَعْ بإيقاعِه بعدَ عَقْدِ الصِّفَةِ ، لأنَّ قولَه : كُلَّما طلَّقتُك . يَقْتضِى كلَّما أوْقَعْتُ عليك الطَّلاقَ . وهذا يَقْتضِى تجْديدَ إيقاعِ طلاقٍ بعدَ هذا القولِ ، وإنَّما وقَعتِ الثَّانيةُ بهذا[٤] القولِ . وإن قال لها بعدَ عَقْدِ الصِّفَةِ : إن خرَجْتِ فأنتِ طالقٌ . فخرجَتْ ، طَلُقَتْ بالخُروجِ طلقةً ، وبالصِّفَةِ أُخْرَى ؛ لأنَّه قد طلَّقَها ، ولم تَقَعِ الثَّالثةُ . وإن قال لها[٥] : كلَّما أوْقعتُ عليك طلاقًا فأنتِ طالقٌ . فهو بمنزلةِ قولِه : كلَّما طلَّقتُك فأنتِ طالقٌ . وذكر القاضى فى هذه ، أنَّه إذا وقعَ عليها طلاقُه بصِفَةٍ عَقَدَها بعدَ قولِه : إذا أوقعتُ عليك طلاقًا فأنتِ طالقٌ . لم تَطْلُقْ ؛ لأنَّ ذلك ليس بإيقاعٍ منه . وهذا[٦] قولُ بعضِ أصحابِ الشّافعىِّ . وفيه نَظَرٌ ؛ فإنَّه قد أوْقعَ الطَّلاقَ عليها بشَرْطٍ ، فإذا وُجِدَ الشَّرطُ فهو الموقِعُ للطَّلاقِ عليها ، فلا فَرْقَ بين هذا وبينَ قولِه : إذا طلَّقتُكِ فأنتِ طالقٌ . وإن قال : كلَّما وقعَ عليك طلاقى فأنتِ طالقٌ . ثم وقَعَتْ عليها طَلْقةٌ بالمُباشَرَةِ ، أو بصِفَةٍ عَقَدَها قبلَ ذلك أو بعدَه ، طَلُقَتْ ثلاثًا . فلو قال لها : إن خرَجْتِ فأنتِ طالقٌ . ثم قال : كلَّما وقعَ عليك طلاقى فأنتِ طالقٌ . ثم خرَجَتْ ، وقَعَتْ عليها طلقةٌ بالخروجِ ، ثم وقَعتِ الثَّانيةُ بوُقوعِ الأُولى ، ثم وقعتِ الثَّالثةُ بوُقوعِ الثَّانيةِ ؛ لأنَّ كلَّما تَقْتضِى التَّكرارَ ، وقد عَقَدَ الصِّفَةَ بوُقوعِ الطَّلاقِ ، فكيفما وقعَ يَقْتضِى وُقوعَ أُخْرَى . ولو قال لها : إذا طلَّقتُكِ فأنتِ طالقٌ ، ثم قال : إذا وقعَ عليك طلاقِى فأنتِ طالقٌ . ثم قال : أنتِ طالقٌ . طَلُقَتْ ثلاثًا ؛ واحدةً بالمُبَاشِرةِ ، واثنتينِ بالصِّفتيْنِ ؛ لأنَّ تطليقَه لها يَشْتمِلُ على الصِّفتيْنِ ؛ هو تطليقٌ منه ، وهو وقوعُ طلاقِه ، ولأنَّه إذا قال : أنتِ طالقٌ . طَلُقَتْ بالمُباشِرةِ واحدةً ، فتَطْلُقُ الثَّانيةَ بكونِه[٧] طلَّقَها ، وذلك طلاقٌ منه واقعٌ عليها ، فتَطْلُقُ به الثَّالثةَ . وهذا كلُّه فى المدخولِ بها . فأمَّا غيرُ المدخولِ بها ، فلا تَطْلُقُ إلَّا واحدةً فى جميعِ هذا . وهذا كلُّه مذهبُ الشّافعىِّ ، وأصْحابِ الرَّأْىِ ، ولا نَعلمُ فيه خلافًا[٨] .

---

(٤) فى الأصل : « بعد هذا » .
(٥) سقط من : الأصل .
(٦) فى ا زيادة : « القول » .
(٧) فى ا : « بكونها » .
(٨) فى ب ، م : « مخالفا » .

٣/٨ظ

فصل : فإن قال : كلَّما طلَّقْتُك طلاقًا أمْلِكُ فيه / رَجْعتَك ، فأنتِ طالقٌ . [٩]ثم قال : أنت طالقٌ[٩] . طَلُقَتِ اثنتيْنِ[١٠] ؛ إحداهما بالمباشِرةِ . والأُخرى بالصِّفَةِ ، إلَّا أن تكونَ الطَّلْقةُ بِعِوَضٍ ، أو فى غيرِ مَدْخولٍ بها ، فلا تَقعُ بها ثانيةٌ ؛ لأنَّها تَبِينُ بالطَّلْقةِ التى باشَرَها بها ، فلا يَمْلِكُ رَجْعتَها ، فإن طلَّقَها اثنتينِ ، طَلُقَت الثَّالثةَ . وقال أبو بكرٍ : قيل[١١] : تَطْلُقُ ، وقيل : لا تَطْلُقُ . واخْتيارِى أنَّها تَطْلُقُ . وقال أصحابُ الشَّافعىِّ : لا تَطْلُقُ الثَّالثةَ ؛ لأنَّا لو أوْقعْناها ، لم يَمْلكِ الرَّجعةَ ، ولم يُوجَدْ شَرْطُ طلاقِها ، فيُفْضِى ذلك إلى الدَّوْرِ ، فيقْطعُه ، بِمَنْعِ وُقوعِه . ولَنا ، أنَّه طلاقٌ لم يُكَمَّلْ به العَدَدُ بغيرِ عِوَضٍ فى مدخولٍ بها ، فيَقَعُ بها التى بعدَها كالأُولَى ، وامْتِناعُ[١٢] الرَّجعةِ هـٰهُنا لعَجْزِه عنها ، لا لعَدَمِ المِلْكِ ، كما لو طلَّقَها واحدةً وأُغْمِىَ عليه عَقِيبَها ، فإنَّ الثَّانيةَ تَقعُ ، وإن امْتنَعتِ الرَّجعةُ ؛ لعَجْزِه عنها . وإن كان الطَّلاقُ بعِوَضٍ ، أو فى غيرِ مَدْخُولٍ بها ، لم يَقعْ بها إلَّا الطَّلْقةُ التى باشَرَها بها ؛ لأنَّه لا يَمْلِكُ رَجْعتَها . وإن قال : كلَّما وقَعَ عليك طلاقٌ أمْلِكُ فيه رَجْعتَك ، فأنتِ طالقٌ ، ثم وَقَّعَ عليها طلقةً بمُباشِرةٍ[١٣] أو صِفَةٍ ، طَلُقَتْ ثلاثًا . وعندَهم لا تَطْلُقُ ؛ لما ذكرناه فى التى قبلَها . ولو قال لامرأته : إذا طلَّقْتُك طلاقًا أمْلِكُ فيه الرَّجْعةَ ، فأنتِ طالقٌ ثلاثًا . ثم طلَّقَها ، طَلُقَتْ ثلاثًا . وقال المُزَنِىُّ : لا تَطْلُقُ . وهو قياسُ قولِ أصْحابِ الشّافعىِّ ؛ لِمَا تَقدَّمَ .

فصل : وإن قال لزوجتِه : إذا طلّقتُكِ ، أو إذا وقعَ عليك طلاقِى ، فأنتِ طالقٌ قبلَه ثلاثًا . فلا نَصَّ فيها . وقال القاضى : تَطْلُقُ ثلاثًا ؛ واحدةً بالمُباشرةِ ، واثْنَتَيْن[١٤] من المُعَلَّقِ . وهو قياسُ قولِ الشّافعىِّ ، وقولُ بعضِ أصحابِه . وقال ابنُ عقيلٍ : تَطْلُقُ

(٩ - ٩) سقط من : الأصل .

(١٠) فى ا : « طلقتين » .

(١١) سقط من : ا ، ب ، م .

(١٢) فى ا ، ب ، م : « فامتناع » .

(١٣) فى ا : « بالمباشرة » .

(١٤) فى النسخ : « واثنتان » .

واحدةً بالمباشِرةِ ، ويَلْغو المُعَلَّقُ ؛ لأنَّه طلاقٌ فى زمنٍ ماضٍ ، فلا يُتَصَوَّرُ وُقوعُ الطَّلاقِ فيه . وهو قياسُ نصِّ أحمدَ وأبى بكرٍ ، فى أنَّ الطَّلاقَ لا يَقَعُ فى زمنٍ ماضٍ ، وبه قال أبو العبَّاسِ ابنُ الْقَاصِّ[15] مِن أصحابِ الشّافعىِّ . وقال أبو العبَّاسِ ابنُ سُرَيْجٍ ، وبعضُ الشّافعيَّةِ : لا تَطْلُقُ أبدًا ؛ لأنَّ وُقوعَ الواحدةِ يَقْتضِى وقوعَ ثَلاثٍ قبلَها ، وذلك يَمْنعُ وُقوعَها ، فإثْباتُها يُؤدِّى إلى نَفْيِها ، فلا تَثْبُتُ ، ولأنَّ إيقاعَها يُفْضِى[16] إلى الدَّوْرِ ؛ لأنَّها إذا وقَعتْ وقَعَ قبلَها ثلاثٌ ، فيَمْتنعُ وُقوعُها ، وما أفْضَى إلى الدَّوْرِ وجبَ قطعُه من أصْلِه[17] . ولَنا ، أنَّه[18] طلاقٌ من مُكلَّفٍ مُختارٍ ، فى مَحَلٍّ لِنِكاحٍ صحيحٍ ، فيَجبُ أن يَقَعَ ، كما لو لم يَعْقِدْ هذه الصِّفَةَ ، ولأنَّ عُموماتِ / النُّصوصِ تَقْتَضِى[19] وُقوعَ الطَّلاقِ ، مثلُ قولِه سبحانَه : ﴿ فَإِن طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِن بَعْدُ حَتَّىٰ تَنكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ ﴾[20] . وقولِه سبحانه : ﴿ وَٱلْمُطَلَّقَـٰتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ ثَلَـٰثَةَ قُرُوٓءٍ ﴾[21] . وكذلك سائرُ النُّصوصِ ، ولأنَّ اللهَ تعالى شَرَعَ الطَّلاقَ لمصْلحةٍ تَتَعلَّقُ به ، وما ذكَرُوه يَمْنَعُه بالكُلِّيَّةِ ، ويُبْطِلُ شَرْعِيَّتَه ، فتفُوتُ مصلحتُه ، فلا يَجوزُ ذلك بمُجرَّدِ الرَّأْىِ والتَّحكُّمِ ، وما ذكَروه غيرُ مُسَلَّمٍ ؛ فإنَّا[22] إن قُلْنا : لا يَقعُ الطَّلاقُ المُعَلَّقُ ، فلهَ وَجْهٌ ؛ لأنَّه أوْقعَه فى زمنٍ ماضٍ ، ولا يُمْكِنُ وُقوعُه فى الماضى ، فلم يَقعْ ، كما لو قال : أنتِ طالقٌ قبلَ قدومِ زيدٍ بيومٍ . فقَدِمَ فى اليومِ ، ولأنَّه جعلَ الطَّلْقةَ الواقعةَ شَرْطًا لوُقوعِ الثَّلاثِ ، ولا يُوجَدُ المشْروطُ قبلَ شرطِه ، فعلى هذا لا يَمتنِعُ وقوعُ الطلقةِ المُباشِرَةِ ، ولا يُفْضِى إلى

٤/٨ و

---

(١٥) فى النسخ : « ابن القاضى » .

وهو أبو العباس أحمد بن أبى أحمد الطبرى ، وتقدم فى : ٧ / ٢٨٣ .

(١٦) فى ا : « يؤدى » .

(١٧) فى الأصل ، ب ، م : « أصلها » .

(١٨) سقط من : الأصل .

(١٩) فى ب ، م : « عموم » .

(٢٠) سورة البقرة ٢٣٠ .

(٢١) سورة البقرة ٢٢٨ .

(٢٢) سقط من : ا .

دَوْرٍ ولا غيرِه . وإن قُلْنا بوُقوعِ الثَّلاثِ ، فوَجْهُه أنَّه وصفَ الطَّلاقَ المُعَلَّقَ بما يَسْتحيلُ وَصْفُه به ، فلَغَتِ(٢٣) الصِّفةُ ، ووقع الطَّلاقُ ، كما لو قال : أنتِ طالقٌ طَلْقةً لا تَنْقُصُ عَدَدَ طلاقِكِ(٢٤) ، أو(٢٥) لا تَلْزَمُكِ . أو قال للآيِسَةِ : أنتِ طالقٌ للسُّنَّةِ . أو قال : للبدعةِ . وبيانُ اسْتحالتِه ، أنَّ تعْليقَه بالشَّرْطِ يَقْتضِى وُقوعَه بعدَه ؛ لأنَّ الشَّرْطَ يَتَقَدَّمُ مَشْروطَه ، ولذلك لو أطْلَقَ لَوقعَ بعدَه ، وتَعْقيبُه بالفاءِ فى قوله : فأنت طالقٌ . يقْتضِى كونَه عَقِيبَه ، وكونُ الطَّلاقِ المُعلَّقِ بعدَه قبلَه مُحالٌ ، لا(٢٦) يَصِحُّ الوَصْفُ به ، فلَغَتِ الصِّفَةُ ، ووقعَ الطَّلاقُ ، كما لو قال : إذا طلَّقْتُك فأنتِ طالقٌ ثلاثًا لا تلْزَمُكِ . ثم يَبْطُلُ ما ذكَرُوه بقولِه : إذا انْفَسخَ نكاحُكِ فأنتِ طالقٌ قبلَه ثلاثًا . ثم وُجِدَ ما يفْسَخُ نِكاحَها ؛ من رَضاعٍ ، أو رِدَّةٍ ، أو وَطْءِ أُمِّها أو ابْنتِها بشُبْهةٍ ، فإنَّه يَرِدُ عليه ما ذكَرُوه ، ولا خلافَ فى انْفساخِ النِّكاحِ . قال القاضى : ما ذكَرُوه ذَرِيعةٌ إلى أن لا يَقَعَ عليها الطَّلاقُ جُمْلةً(٢٧) . وإن قال : أنتِ طالقٌ ثلاثًا قُبَيْلَ وُقوعِ طلاقِى بك واحدةً . أو قال : أنتِ طالقٌ اليومَ ثلاثًا إن طلّقتُكِ غدًا واحدةً . فالكلامُ عليها من وَجْهٍ آخرَ ، وهو وارِدٌ على المسْألتينِ جميعًا ، وذلك أنَّ الطَّلْقةَ المُوقَعَةَ يَقْتضِى وُقوعُها وقوعَ ما لا يُتَصَوَّرُ وُقوعُها معه ، فيَجِبُ أن يُقْضَى بوُقوعِ (٢٨الطَّلْقةِ المُوقَعَةِ٢٨) دونَ ما تَعلَّقَ بها ؛ لأنَّ ما تَعلَّقَ بها تابعٌ ، ولا يَجوزُ إبْطالُ المَتْبوعِ لامْتناعِ حُصُولِ التَّبعِ ، فيَبطُلُ التَّابعُ وحدَه ، كما لو قال فى مرضِه : إذا أعْتَقْتُ سالمًا فغانمٌ حُرٌّ . ولم يَخْرُجْ مِن ثُلُثِه إلَّا أحدُهما ، فإنَّ سالمًا يَعْتِقُ وحدَه ، ولا يُقْرَعُ بينهما ؛ لأنَّ ذلك ربَّما أدَّى إلى عِتْقِ المشْروطِ دونَ/ الشَّرْطِ ، وذلك غيرُ ٨/٤ ظ

(٢٣) فى الأصل ، ب ، م : « فغلت » تحريف .

(٢٤) فى ا : « الطلاق » .

(٢٥) فى ا زيادة : « قال » .

(٢٦) فى ب ، م : « فلا » .

(٢٧) فى ا زيادة : « وهو مذهب النصارى » .

(٢٨ - ٢٨) سقط من : الأصل .

جائزٍ ، ولا فَرْقَ بين أن يقولَ : فغانمٌ حُرٌّ قبلَه ، أو معه ، أو بعدَه . أو تَطْلُقُ . كذا هٰهُنا .

فصل : اخْتلفَ أصحابُنا فى الحَلِفِ بالطَّلاقِ ، فقال القاضى فى « الجامع » ، وأبو الخَطَّابِ : هو تَعْليقُه على شرْطٍ ، أىِّ شَرْطٍ كان ، إلَّا قولَه : إذا شئتِ فأنتِ طالقٌ . ونحوَه ، فإنَّه تَمْليكٌ . وإذا حِضْتِ فأنتِ طالقٌ . فإنَّه طلاقُ بِدْعةٍ . وإذا طَهُرْتِ فأنتِ طالقٌ . فإنَّه طلاقُ سُنَّةٍ . وهذا قولُ أبى حنيفةَ ؛ لأنَّ ذلك يُسَمَّى حَلِفًا عُرْفًا ، فيَتَعلَّقُ الحُكْمُ به ، كما لو قال : إن دخَلْتِ الدَّارَ فأنتِ طالقٌ . ولأنَّ فى الشَّرْطِ معنى القَسَمِ ، من حيثُ كونُه جملةً غيرَ مُسْتقِلَّةٍ دونَ الْجَوَابِ ، فأشْبَهَ قولَه : واللهِ ، وباللهِ ، وتاللهِ . وقال القاضى ، فى « المُجرَّدِ » : هو تعليقُه على شَرْطٍ يَقْصِدُ به الحَثَّ على الفعلِ ، أو المَنْعَ[29] منه ، كقولِه : إن دخَلْتِ الدَّارَ فأنتِ طالقٌ ، وإن لم تدْخُلِى فأنتِ طالقٌ . أو على تَصْديقِ خَبَرِه ، مثل قولِه : أنتِ طالقٌ لقد قَدِمَ زيدٌ أو لم يَقْدَمْ . فأمَّا التَّعْليقُ على غيرِ ذلك ، كقولِه : أنتِ طالقٌ إن طَلَعَتِ الشَّمسُ ، أو قَدِمَ الحَاجُّ ، أو إن لم يَقْدَمِ السُّلطانُ . فهو شَرْطٌ مَحْضٌ ليس بحَلِفٍ ؛ لأنَّ حقيقةَ الحَلِفِ القَسَمُ ، وإنما سُمِّىَ تَعْليقُ الطَّلاقِ على شَرْطٍ حَلِفًا تَجَوُّزًا ، لمُشاركتِه الحَلِفَ فى المعنى المشهورِ ، وهو الحَثُّ ، أو المَنْعُ ، أو تأكيدُ الخبرِ ، نحو قولِه : واللهِ لأفعلَنَّ ، أو لا أفعلُ ، أو لقد فعلتُ ، [30]أو لم أفْعلْ[30] . وما لم يُوجَدْ فيه هذا المعنى ، لا يَصِحُّ تَسْمِيَتُه حَلِفًا . وهذا مذهبُ الشَّافعىِّ . فإذا قال لزوجتِه : إذا حَلَفْتُ بطلاقِكِ فأنت طالقٌ . ثم قال[31] : إذا طلَعتِ الشَّمسُ فأنتِ طالقٌ . لم تَطْلُقْ فى الحالِ ، على القولِ الثَّانى ؛ لأنَّه ليس بحَلِفٍ ، وتَطْلُقُ على الأوَّلِ ؛ لأنَّه حَلِفٌ . وإن قال : إن[32] كلَّمتِ أباك فأنتِ طالقٌ . طَلُقَتْ

---

(29) فى الأصل : « والمنع » .

(30 - 30) سقط من : ب ، م .

(31) سقط من : الأصل .

(32) فى ب ، م : « كلما » .

على القَوْلينِ جميعًا ؛ لأنَّه علَّقَ طلاقَها على شرطٍ يُمْكِنُ فعلُه وتَرْكُه ، فكان حَلِفًا ، كما لو قال : إن دخَلْتِ الدَّارَ فأنتِ طالقٌ . وإن قال : إن حَلَفْتُ بطلاقِك فأنتِ طالقٌ . ثم أعادَ ذلك ، طَلُقَتْ واحدةً ، ثمَّ[33] كلَّما أعادَه مرَّةً طَلُقَتْ ، حتى تَكْمُلَ الثَّلاثُ ؛ لأنَّ كلَّ مَرَّةٍ يُوجَدُ بها شرطُ الطَّلاقِ ، ويَنْعقِدُ شَرْطُ طَلْقةٍ أُخرَى . وبهذا قال الشّافعيُّ ، وأصحابُ الرَّأْيِ . وقال أبو ثَوْرٍ : ليس ذلك بحَلِفٍ ، ولا يَقعُ الطَّلاقُ بتَكْرارِه ؛ لأنَّه[34] تَكرارٌ للكلامِ[35] ، فيكونُ تأكيدًا لاحقًا . ولَنا ، أنَّه تَعْليقٌ للطَّلاقِ على شرطٍ يُمْكِنُ فِعْلُه وتَرْكُه ، فكان حَلِفًا[36] ، كما لو قال : إن دخَلْتِ الدَّارَ فأنت طالقٌ . وقولُه : إنَّه تَكْرارٌ للكلامِ . حُجَّةٌ عليه ، فإنَّ / تَكْرارَ الشيءِ عبارةٌ عن وُجودِه مَرَّةً أُخْرَى ، فإذا كان فى الأوَّلِ حَلِفًا ، فوُجِدَ مَرَّةً أُخْرَى ، فقد وُجِدَ الحَلِفُ مَرَّةً أُخْرَى ، وأمَّا التَّأْكيدُ فإنَّما يُحْمَلُ عليه الكلامُ المُكَرَّرُ إذا قصدَه ، وهٰهُنا إن قصدَ إفْهامَها ، لم يَقَعْ بالثَّانى شىءٌ ، كما لو قال : أنتِ طالقٌ أنتِ طالقٌ . يعنى بالثَّانيةِ إفْهامَها ، فأمَّا إن كرَّرَ ذلك لغيرِ مَدْخولٍ بها ، بانَتْ بطلقةٍ ، ولم يَقَعْ[37] أكثرُ منها ، فإذا قال لها ذلك ثلاثًا ، بانَتْ بالمَرَّةِ الثَّانيةِ ، ولم تَطْلُقْ بالثَّالثةِ ، فإن جَدَّدَ نِكاحَها ، ثم أعادَ ذلك لها ، أو قال لها : إن تَكَلَّمتِ فأنتِ طالقٌ ، أو نحوَ ذلك ، لم تَطْلُقْ بذلك ؛ لأنَّ شَرْطَ طلاقِها إنَّما كان بعدَ بَيْنُونتِها .

٨/٥و

فصل : وإن قال لامرأتَيْه : كلَّما حَلَفْتُ بطلاقِكما ، فأنتما طالقتانِ . ثم أعادَ ذلك ثلاثًا ، طَلُقَتْ كلُّ واحدةٍ منهما ثلاثًا ؛ لما ذكَرْنا . فإن كانتْ إحداهما غيرَ مَدْخولٍ بها ، بانَتْ بالمرَّةِ الثَّانيةِ ، فإذا أعادَه[38] مرَّةً ثالثةً ، لم تَطْلُقْ واحدةٌ منهما ؛ لأنَّ غيرَ المدْخولِ

---

(٣٣) سقط من : ب ، م .

(٣٤) فى الأصل زيادة : « لا » .

(٣٥) فى ب ، م : « الكلام » .

(٣٦) فى الأصل ، ب ، م : « حقا » .

(٣٧) فى ا زيادة : « بها » .

(٣٨) فى ا : « أعاد » .

بها بائِنٌ ، فلم تكُنْ إعادةُ هذا القولِ حَلِفًا بطَلاقِها . وهى غيرُ زوجةٍ[٣٩] ، فلم يُوجَدِ الشَّرْطُ ، فإنَّ شَرْطَ طلاقِهما الحَلِفُ بطلاقِهما جميعًا ، فإن جَدَّدَ نِكاحَ[٤٠] البائنِ ، ثم قال لها : إن تَكَلَّمتِ فأنتِ طالقٌ . فقد قيلَ : يَطْلُقانِ حينئذٍ ؛ لأنَّه صار بهذا حالِفًا[٤١] بطلاقِها ، وقد حَلَفَ بطلاقِ المدخولِ بها بإعادةِ قولِه فى المَرّةِ الثَّالثةِ ، فطَلُقَتَا حنيئذٍ . ويَقْوَى عندى أنَّه لا يَقعُ الطَّلاقُ بهذه التى جَدَّدَ نكاحَها ؛ لأنَّها حينَ إعادتِه المَرَّةَ[٤٢] الثالثةَ بائنٌ ، فلم تَنْعَقِدِ الصِّفَةُ بالإضافةِ إليها ، كما لو قال لأجْنبيَّةٍ : إن حَلَفتُ بطلاقِك فأنتِ طالقٌ . ثم تزوَّجَها ، وحَلَفَ بطلاقِها . ولكن تَطْلُقُ المدخولُ بها حينئذٍ ؛ لأنَّه قد حَلَفَ بطلاقِها فى المَرَّةِ الثَّالثةِ ، وحَلَفَ بطلاقِ هذه حينئذٍ ، فكَمَّلَ شرطَ طلاقِها . فطَلُقَتْ وحدَها .

فصل : فإن كانت[٤٣] له امرأتانِ ، حَفْصَةُ وعَمْرَةُ ، فقال : إن حَلَفْتُ بطلاقِكما فعَمْرَةُ طالقٌ . ثم أعادَه ، لم تَطْلُقْ واحدةٌ منهما ؛ لأنَّ هذا حَلِفٌ بطلاقِ عَمْرةَ وحدَها ، فلم يُوجَدِ الحَلِفُ بطلاقِهما . وإن قال بعدَ ذلك : إن حَلَفْتُ بطلاقِكما [٤٤] فحَفْصَةُ طالقٌ . طَلُقَتْ عَمرةُ ؛ لأنَّه حَلَفَ بطلاقِهما بعدَ تعْليقِه طلاقَها على الحَلِفِ بطلاقِهما [٤٤] ، ولم تَطْلُقْ حَفْصةُ لأنَّه ما حَلَفَ بطلاقِهما[٤٥] بعدَ تعْليقِه طلاقَها عليه . فإن قال بعدَ هذا : إن حَلَفْتُ بطلاقِكما ، فعَمرةُ طالقٌ . لم تَطْلُقْ واحدةٌ منهما ؛ لأنَّه لم يَحْلِفْ بطلاقِهما ، إنَّما حَلَفَ بطلاقِ عَمْرَةَ وحدَها . فإن قال بعدَ هذا : إن حَلَفْتُ بطلاقِكما ، فحفصةُ طالقٌ . طَلُقَتْ حَفْصةُ . وعلى هذا القياسُ .

---

(٣٩) فى ب ، م : « زوجته » .
(٤٠) فى ا ، ب ، م : « النكاح » .
(٤١) فى الأصل : « حلفا » .
(٤٢) فى الأصل ، ا : « المرأة » .
(٤٣) فى الأصل : « كان » .
(٤٤ – ٤٤) سقط من : الأصل . نقل نظر .
(٤٥) فى ا : « بطلاقها » .

٨/٥ظ

فصل : / وإن قال لإحْداهما : إن حَلَفْتُ بطلاقِك ، فضَرَّتُك طالِقٌ . ثم قال للأُخْرَى مثل ذلك ، طَلُقَتِ الثَّانيةُ ؛ لأنَّ إعادتَه للثَّانيةِ هو حَلِفٌ بطلاقِ الأُولَى ، وذلك شَرْطُ وُقوعِ طلاقِ الثَّانيةِ ، ثم إذا[٤٦] أعادَ للأُولَى ، طَلُقَتْ ، ثم كلَّما أعادَه على هذا الوَجْهِ[٤٧] لامرأةٍ طَلُقَتْ ، حتى يَكْمُلَ للثَّانيةِ ثلاثٌ ، ثم إذا أعادَه للأُولَى لم تَطْلُقْ ؛ لأنَّ الثَّانيةَ قد بانَتْ منه ، فلم يكُنْ ذلك حَلِفًا بطلاقِها . ولو قال هذا القولَ لامْرأةٍ ، ثم أعادَه لها ، لم تَطْلُقْ به واحدةٌ منهما ؛ لأنَّ ذلك ليس بحَلِفٍ بطلاقِها ، إنَّما هو حَلِفٌ بطلاقِ ضَرَّتِها ، ولم يُعَلِّقْ على ذلك طلاقًا . وإن قال للأُولَى : إن حَلَفْتُ بطلاقِ ضَرَّتِك ، فأنتِ طالِقٌ . ثم قال للأُخْرَى مثلَ ذلك . طَلُقَتِ الأُولَى ؛ لأنَّ قولَه ذلك[٤٨] للثَّانيةِ حَلِفٌ بطلاقِها ، وشَرْطٌ لوُقوعِ الطَّلاقِ بالأُولَى[٤٩] . ثم إن أعادَه للأُولَى . طَلُقَتِ الثَّانيةُ ، ثم كلَّما أعادَه لامرأةٍ منهما على هذا الوَجْهِ ، طَلُقَتِ الأُخْرَى . فإن كانتْ إحْداهما غيرَ مَدْخولٍ بها ، فطَلُقَتْ مَرَّةً ، بانَتْ ، ولم تَطْلُقْ صاحبتُها بإعادةِ ذلك لها ؛ لأنَّه ليس بحَلِفٍ بطَلاقِها ، لكَوْنِها بائنًا ، فهى كسائرِ الأجْنبيَّاتِ . وإن قال لإحْداهما : إذا حَلَفْتُ بطلاقِ ضَرَّتِك ، فهى طالِقٌ . ثم قال للأُخْرَى مثلَ ذلك . لم تَطْلُقْ واحدةٌ منهما . ثم إن أعادَ ذلك لإحْداهما ، طَلُقَتِ الأُخْرَى ، ثم إن أعادَه للأُخْرَى ، طَلُقَت صاحبتُها ، ثم كلَّما أعادَه لامرأةٍ ، طَلُقَتِ[٥٠] الأُخْرَى ، إلَّا أن تكونَ إحْداهما غيرَ مَدْخولٍ بها ، أو لم يَبْقَ من طَلاقِها إلَّا دونَ الثَّلاثِ ، فإنَّها إذا بانَتْ صارتْ كالأجْنبيَّةِ . ولو قال ذلك لامْرأةٍ ابْتداءً ، ثم أعادَه لها ، طَلُقَتْ ضَرَّتُها[٥٠] بكلِّ إعادةٍ مَرَّةً ، حتى تَكْمُلَ الثَّلاثُ . وإن قال لامرأةٍ : إذا حَلَفْتُ بطلاقِ ضَرَّتِك ، فهى طالِقٌ . ثم قال للأُخْرَى : إذا حَلَفْتُ بطلاقِك ، فأنتِ طالِقٌ . طَلُقَتْ فى الحالِ . ثم إن قال

---

(٤٦) سقط من : الأصل ، ب ، م .

(٤٧) فى ا : « الوصف » .

(٤٨) سقط من : ب ، م .

(٤٩) فى ا : « للأولى » .

(٥٠ - ٥٠) سقط من : الأصل .

للأُولَى مثلَ ما قال لها ، أو قال للثَّانيةِ مثلَ ما قال لها ، طَلُقَتِ الثّانيةُ ، وكذلك الثَّالثةُ ، ولا يَقَعُ بالأُولَى بهذا طلاقٌ ؛ لأنَّ الحَلِفَ فى الموضِعَيْنِ إنَّما هو بطلاقِ الثَّانيةِ . ولو قال للأُولى : إن حَلَفْتُ بطلاقِكِ ، فأنتِ طالقٌ . ثم قال للثَّانيةِ : إن حَلَفْتُ بطلاقِ ضَرَّتِك فهى طالقٌ . طَلُقَتِ الأُولَى ، ثم متى أعادَ أحدَ هٰذينِ الشَّرْطينِ مرَّةً أُخْرَى ، طَلُقَتِ الأُولَى[٥١] ثانيةً ، وكذلك الثَّالثةُ ، ولا يَقعُ بالثَّانيةِ بهذا طلاقٌ . ولو قال لإحْداهما : إذا حَلَفْتُ بطلاقِكِ ، فضَرَّتُك طالقٌ . ثم قال للأُخرَى : إذا حَلَفتُ بطلاقِ ضَرَّتِكِ ، فأنتِ طالقٌ . لم تَطْلُقْ واحدةٌ منهما ؛ لأنَّه فى الموضِعَيْنِ علَّقَ طلاقَ الثّانيةِ على الحَلِفِ بطَلاقِ الأُولى ، ولم يَحْلِفْ بطلاقِها . ولو أعادَ ذلك لهما[٥٢] ، لم يَقَعْ طلاقٌ بواحدةٍ منهما ، وسَواءٌ تَقَدَّمَ القولُ للثَّانيةِ على القولِ للأُولَى ، أو تأخَّرَ عنه .

٨/٦و **فصل** : وإن كان له ثلاثُ / نِسْوَةٍ فقال : إن حَلَفْتُ بطلاقِ زينبَ فعَمْرَةُ طالقٌ . ثم قال : إن حلَفْتُ بطلاقِ عَمرةَ فحفصةُ طالقٌ . ثم قال : إن حلفتُ بطلاقِ حفصةَ فزينبُ طالقٌ . طَلُقَتْ عَمرةُ . وإن جعلَ مكانَ زينبَ عَمْرةَ ، طَلُقَتْ حفصةُ . ثم متى أعادَه بعدَ ذلك طَلُقَتْ مِنهنَّ واحدةٌ ، على الوَجْهِ الذى ذكَرْناه . وإن قال : إن حَلَفْتُ بطلاقِ زينبَ ، فنسائِى طَوالِقُ . ثم قال : إن حَلَفْتُ بطلاقِ عَمْرَةَ فنسائِى طَوالِقُ . ثم قال : إن حَلَفْتُ بطلاقِ حفصةَ ، فنسائِى طوالِقُ . طَلُقَتْ كلُّ واحدةٍ منهنَّ طَلْقتَيْنِ ؛ لأنَّه لمَّا قال : إن حَلَفْتُ بطلاقِ عَمرةَ فنسائِى طوالقُ . فقد حَلَفَ بطلاقِ زينبَ بعدَ تَعْليقِه طلاقَ نسائِه على الحَلِفِ بطلاقِها ، فطَلُقَتْ كلُّ واحدةٍ منهنَّ طَلْقةً ، ولما قال : إن حَلَفْتُ بطلاقِ حفصةَ فنسائِى طوالقُ . فقد حلَفَ بطلاقِ عَمْرةَ وزينبَ ، فطَلُقَتْ كلُّ واحدةٍ منهن طلقةً بحَلِفِه بطلاقِ عَمرةَ ، ولم يَقَعْ بحَلِفِه بطلاقِ زينبَ شىءٌ ؛ لأنَّه قد حَنِثَ به مرَّةً فلا يَحْنَثُ ثانيةً . ولو كان مكانَ قولِه : إنْ ، كُلَّما ، طَلُقَتْ كلُّ واحدةٍ منهن ثلاثًا ؛ لأنَّ « كُلَّمَا » تَقْتضِى التَّكْرارَ . ولو قال : كلَّما حَلَفْتُ بطلاقِ واحدةٍ منكنَّ ،

---

(٥١) فى ب ، م زيادة : « مرة » .

(٥٢) سقط من : ا .

فأنتُنَّ طَوالِقُ . ثم أعادَ ذلك مَرّةً ثانيةً ، طَلُقنَ ثلاثًا ثلاثًا ؛ لأنّه بإعادتِه حالِفٌ بطلاقِ كلِّ واحدةٍ منهنَّ ، وحَلِفُه بطلاقِ كلِّ واحدةٍ مِنْهُنَّ[٥٣] شَرْطٌ لطلاقِهنَّ جميعًا . وإن قال : إن حَلَفْتُ بطلاقِ واحدةٍ مِنكُنَّ ، فأنتُنَّ طوالِقُ . ثم أعادَ ذلك ، طَلُقَتْ كلُّ واحدةٍ منهنَّ طلقةً ؛ لأنَّ « إنْ » لا تَقْتضِى التَّكْرارَ . وإن قال بعدَ ذلك لإحداهُنَّ : إن قُمْتُ فأنتِ طالِقٌ . طَلُقَتْ كلُّ واحدة منهنَّ طلقةً أُخرَى . ولو قال : كلَّما حَلَفْتُ بطلاقِكنَّ ، فأنْتُنَّ طَوالِقُ . ثم أعادَ ذلك ، طَلُقَتْ كلُّ واحدةٍ طلقةً . وإن قال بعدَ ذلك لإحْدَاهُنَّ : إن قُمْتُ فأنتِ طالِقٌ . لم تَطْلُقْ واحدةٌ منهنَّ . وإن قال ذلك للاثْنتَيْنِ الباقِيَتَيْنِ ، طَلُقَ الجميعُ طَلْقةً طلقةً .

فصل : وإن قال لزوجتِه : إن حَلَفْتُ بعِتْقِ عبدِى ، فأنتِ طالِقٌ . ثم قال : إن حَلَفْتُ بطلاقِك ، فعَبْدِى[٥٤] حُرٌّ . طَلُقَتْ . ثم إن قال لعبدِه : إن حَلَفْتُ بعِتْقِكَ ، فامْرأتى طالِقٌ . عَتَقَ العبدُ . وإن قال له : إن حَلَفْتُ بطلاقِ امرأتى ، فأنتَ حُرٌّ . ثم قال لها : إن حَلَفْتُ بعِتْقِ عَبْدِى ، فأنتِ طالِقٌ . عَتَقَ العبدُ . ولو قال لعبدِه : إن حَلَفْتُ بعِتْقِكَ ، فأنتَ حُرٌّ ، ثم أعادَ ذلك ، عَتَقَ العبدُ .

فصل : وقد استُعْمِلَ الطَّلاقُ والعَتَاقُ اسْتِعْمالَ القسم، وجُعِلَ[٥٥] جوابًا له، فإذا قال : أنتِ طالقٌ لأَقُومَنَّ. وقامَ، لم تَطْلُقْ زوجتُه، / فإنْ لم يَقُمْ فى الوقتِ الذى عيَّنَه حَنِثَ . هذا قولُ أكثرِ أهلِ العلمِ ؛ منهم سعيدُ بنُ المُسَيَّبِ ، والحَسَنُ ، وعَطاءٌ ، والزُّهْرِىُّ ، وسعيدُ بنُ جُبَيرٍ ، والشَّعْبِىُّ ، والثَّوْرِىُّ ، وأصْحابُ الرَّأْىِ . وقال شُرَيحٌ : يَقَعُ طلاقُه وإن قامَ ؛ لأنَّه طلَّقَ طلاقًا غيرَ مُعَلَّقٍ بشَرْطٍ ، فوقَعَ ، كما لو لم يَقُمْ . ولَنا ، أنَّه حَلِفٌ بَرَّ فيه ، فلم يَحْنَثْ ، كما لو حَلَفَ باللهِ تعالى . وإن[٥٦] قال : أنتِ طالقٌ إنَّ أخاكَ لعاقلٌ .

٦/٨ ظ

---

(٥٣) سقط من : الأصل ، ب ، م .

(٥٤) فى الأصل : « عبدى » .

(٥٥) سقط من : ب ، م . وفى الأصل زيادة : « القسم » .

(٥٦) فى ا : « ولو » .

وكان أخوها عاقلًا ، لم يَحْنَثْ ، وإن لم يَكُنْ عاقلًا ، حَنِثَ ، كما لو قال : واللهِ إنَّ أخاك لعاقلٌ ، وإنْ شُكَّ فى عقلِه لم يَقَعِ الطَّلاقُ ؛ لأنَّ الأصلَ بقاءُ النِّكاحِ ، فلا يَزُولُ بالشَّكِّ . وإن قال : أنتِ طالقٌ لا[57] أكلتُ هذا الرَّغيفَ . فأكَلَه ، حَنِثَ ، وإلَّا فلا . وإن قال : أنتِ طالقٌ [58]ما أكلْتُه[58] . وكان صادقًا ، لم يَحْنَثْ ، وإن كان كاذِبًا ، حَنِثَ ، كما لو قال : واللهِ ما أكلْتُه . وإن قال : أنتِ طالقٌ لولا أبوك لَطلَّقْتُك . وكان صادِقًا ، لم تَطْلُقْ ، وإن كان كاذبًا طَلُقَتْ . ولو قال : إن حَلَفْتُ بطلاقِكِ ، فأنتِ طالقٌ . ثم قال : أنتِ طالقٌ لأُكْرِمَنَّك . طَلُقَتْ فى الحالِ . ولو قال : إن حَلَفْتُ بِعِتْقِ عَبْدِى ، فأنتِ طالقٌ . ثم قال : عَبْدِى حُرٌّ لأقُومَنَّ[59] . طَلُقَتِ المرأةُ . وإن قال : إن حَلَفْتُ بطلاقِ امرأتِى ، فعَبْدِى حُرٌّ . ثم قال : أنتِ طالقٌ لقد صُمْتُ أمسِ . عَتَقَ العبدُ .

فصل : وإن قال : إن طَلَّقْتُ حَفْصةَ فعَمْرةُ طالقٌ . ثم قال : إن طَلَّقْتُ عَمرةَ فحفصةُ طالقٌ . [60]ثم طَلَّقَ حفصةَ[60] . طَلُقَتا معًا ؛ حفصةُ بالمُباشرَةِ ، وعَمْرةُ بالصِّفَةِ ، ولم تَزِدْ كلُّ واحدةٍ منهما على طَلْقةٍ . وإن بدأ بطلاقِ عَمْرةَ ، طَلُقَتْ طَلْقتَيْنِ ، وطَلُقَتْ حفصةُ طلقةً واحدةً ؛ لأنَّه إذا طلَّقَ حفصةَ طَلُقَتْ عَمْرةُ بالصِّفَةِ ، لكَوْنِه[61] علَّقَ طلاقَها على طلاقِ حفصةَ ، ولم يَعُدْ على حفصةَ طَلاقٌ آخَرُ ؛ لأنَّه ما أحْدثَ فى عَمْرَةَ طلاقًا ، إنَّما طَلُقَتْ بالصِّفَةِ السَّابقةِ على تَعْليقِه طلاقَها . وإن بدأ بطلاقِ عَمْرَةَ ، طَلُقَتْ حفصةُ ؛ لِكَوْنِ طلاقِها مُعَلَّقًا على طلاقِ عَمْرَةَ ، ووُقوعُ الطَّلاقِ بها ، تطْليقٌ منه لها ؛ لأنَّه أحْدثَ فيها طلاقًا ، بتَعْليقِه طلاقَها على تَطْليقِ عَمْرَةَ ، بعدَ قولِه : إن طَلَّقْتُ حفصةَ فعَمْرَةُ طالقٌ . ومتى وُجِدَ التَّعليقُ والوقوعُ معًا ، فهو تطْليقٌ . فإن وُجِدا

---

(57) فى الأصل : « إلا » .

(58 - 58) فى ا : « لا أكلت هذا الرغيف » .

(59) فى الأصل : « لأكرمنك » .

(60 - 60) فى ا : « ثم قال : حفصة طالق » .

(61) فى ا : « لكونها » .

معًا بعدَ تعْليقِ الطَّلاقِ بطلاقِها ، وقعَ الطّلاقُ المُعلَّقُ بطلاقِها . وطَلاقُ عَمْرَةَ هـٰهُنا مُعَلَّقٌ بطلاقِها ، فوجَبَ القولُ بوُقوعِه . ولو قال لعَمْرَةَ : كلَّما طَلَّقْتُ حفصةَ ، فأنتِ طالقٌ . ثم قال لحفصةَ : كلَّما طَلَّقْتُ عمرةَ ، فأنتِ طالقٌ . ثم قال لعَمْرةَ : / أنتِ طالقٌ . طَلُقَتْ طَلْقتَيْنِ ، وطَلُقَتْ حفصةُ طلقةً واحدةً . وإن طلَّقَ حفصةَ ابتداءً ، لم يَقَعْ بكلِّ واحدةٍ منهما إلَّا طلقةٌ ؛ لأنَّ هذه المسألةَ كالتى قبلَها سَواءً ، فإنَّه بدأ بتَعْليقِ طلاقِ عَمْرَةَ على تطْليقِ حفصةَ ، ثم ثَنَّى بتعْليقِ طَلاقِ حفصةَ على تطْليقِ عمرةَ . ولو قال لعَمْرةَ : إن طلَّقتُكِ ، فحفصةُ طالقٌ . ثم قال لحفصةَ : إن طلَّقْتُكِ ، فعَمْرَةُ طالقٌ . ثم طلَّقَ حفصةَ ، طَلُقَتْ طَلْقتينِ ، وطَلُقَتْ عَمْرَةُ طَلقةً . وإن طَلَّقَ عمرةَ ، طَلُقَتْ كلُّ واحدةٍ منهما طلقةً ؛ لأنَّها عكسُ التى قبلَها . ذكر هاتَيْنِ المسألتَيْنِ القاضى ، فى « المُجَرَّدِ » . ولو قال لإحْدَى زوجتَيْه : كلَّما طَلَّقْتُ ضَرَّتَكِ ، فأنتِ طالقٌ . ثم قال للأُخْرَى مثلَ ذلك ، ثم طلَّقَ الأُولى ، طَلُقَتْ طَلْقتينِ ، وطَلُقَتِ الثَّانيةُ طلقةً . وإن طلَّقَ الثَّانيةَ ، طَلُقَتْ [62]كلُّ واحدةٍ منهما طَلْقةً[62] . وإن قال : كلما طلَّقـتُك فضَرَّتُك طالقٌ . ثم قال للأُخْرَى مثلَ ذلك ، ثم طلَّقَ الأُولى ، طَلُقَتْ كلُّ واحدةٍ منهما طلقةً طلقةً . وإن طلَّقَ الثَّانيةَ ، طَلُقَتْ طَلْقتينِ ، وطَلُقَتِ الأُولَى طلقةً ، وتعليلُ ذلك على ما ذكَرْنا فى المسألةِ الأُولى .

٧/٨و

فصل : وإن كان له ثلاثُ نسوةٍ ، فقال : إن طلَّقتُ زينبَ فَعَمْرَةُ طالقٌ ، وإن طلَّقتُ عمرةَ فحفصةُ طالقٌ ، وإن طَلَّقْتُ حفصةَ فزينبُ طالقٌ . ثم طلَّقَ زينبَ ، طَلُقَتْ عَمْرَةُ ، ولم تَطْلُقْ حفصةُ ؛ لأنَّه ما أحدثَ فى عَمْرَةَ طلاقًا بعدَ تَعْليقِ طلاقِ حفصةَ بتَطْليقِها ، وإنَّما طَلُقَتْ بالصِّفةِ السَّابقةِ على ذلك ، فيَكونُ وُقوعًا للطَّلاقِ ، وليس بتَطْليقٍ . وإن طلَّقَ عَمْرَةَ ، طَلُقَتْ حفصةُ ، ولم تَطْلُقْ زينبُ لذلك . وإن طلَّقَ حفصةَ ، طَلُقَتْ زينبُ ، ثم طَلُقَتْ عَمْرةُ ، فيَقَعُ الطّلاقُ بالثَّلاثِ ؛ لأنَّه أحْدَثَ فى زينبَ طلاقًا

(٦٢-٦٢) فى ب ، م : « طلقتين وطلقت الأولى طلقة » .

بعدَ تَعْليقِه طلاقَ عَمْرَةَ بطلاقِها ، فإنَّه علَّقَ طلاقَها بعد ذلك على تَطْليقِ حفصةَ ، ثم طلَّقَ حَفْصةَ ، والتَّعليقُ مع تَحقُّقِ شَرْطِه تَطْليقٌ ، وقد وُجِدَ التَّعليقُ وشرطُه معًا بعدَ تعْليقِه طلاقَ عَمْرَةَ بتَطْليقِها ، فكان وقوعُ الطَّلاقِ بزينبَ تَطْليقًا ، فطَلُقَتْ به عَمْرَةُ ، بخلافِ غيرِها . وإن قال لزينبَ : إن طَلَّقْتُ عَمْرةَ فأنتِ طالقٌ . ثم قال لعَمْرةَ : إن طَلَّقْتُ حفصةَ فأنت طالقٌ . ثم قال لحفصةَ : إن طَلَّقْتُ زينبَ فأنتِ طالقٌ . ثم طلَّقَ زينبَ ، طَلُقَ[٦٣] الثَّلاثُ ؛ زينبُ بالمُباشِرَةِ ، وحفصةُ بالصِّفةِ ، ووقوعُ الطَّلاقِ بحفصةَ تطليقٌ لها ، وتَطْليقُها شرطُ طلاقِ عَمْرَةَ ، فتَطْلُقُ به أيضًا . والدَّليلُ على أنَّه تطْليقٌ لحفصةَ ، أنَّه أحْدَثَ فيها طلاقًا ، بتَعْليقِه طلاقَها / على تطْليقِ زينبَ ، بعدَ تعليقِ طلاقِ عَمْرَةَ بتطليقِها ، وتَحقُّقِ شرطِه ، والتَّعليقُ مع شرطِه تطليقٌ ، وقد وُجِدا معًا بعدَ جَعْلِ تَطْليقِها صفةً لطلاقِ عَمْرَةَ . وإن طلَّقَ عَمرةَ ، طَلُقَتْ هى وزينبُ ، ولم تَطْلُقْ حفصةُ . وإن طلَّقَ حفصةَ ، طَلُقَتْ هى وعَمْرَةُ ، ولم تَطْلُقْ زينبُ ؛ لما ذكَرْنا فى المسألةِ التى قبلَها . وإن قال لزينبَ : إن طلَّقتُك فضَرَّتاك طالقتانِ . ثم قال لعَمْرَةَ مثلَ ذلك ، ثم قال لحفصةَ مثلَ ذلك ، ثم طلَّقَ زينبَ ، طَلَقَتْ كلُّ واحدةٍ منهن طلقةً واحدةً[٦٤] ؛ لأنَّه لم يُحْدِثْ فى غيرِ[٦٤] زينبَ طلاقًا ، إنَّما طَلُقَتا بالصِّفةِ السَّابقةِ على تَعْليقِ الطَّلاقِ بطلاقِها[٦٥] . وإن طَلَّقَ[٦٦] عَمْرةَ ، طَلُقَتْ زينبُ طلقةً ، وطَلُقَتْ عَمْرَةُ وحفصةُ كلُّ واحدةٍ منهما طَلْقتينِ ؛ لأنَّ عمرةَ طَلُقَتْ واحدةً بالمُبَاشِرَةِ ، وطَلُقَتْ زينبُ وحفصةُ بطلاقِها واحدةً واحدةً ، وطَلاقُ زينبَ تَطْليقٌ لهما ؛ لأنَّه وقعَ بها بصِفَةٍ أحْدَثَها بعدَ تَعْليقِ طَلاقِهما بتَطْليقِها ، فعادَ على عَمْرَةَ وحفصةَ بذلك طَلْقتانِ ، ولم يَعُدْ على زينبَ بطلاقِهما طلاقٌ ؛

٨/٧ظ

(٦٣) فى ا ، ب ، م : « طلقت » .

(٦٤) سقط من : الأصل .

(٦٥) فى الأصل ، ب ، م : « بتطليقهما » .

(٦٦) فى الأصل : « علق » .

لما تَقدَّمَ . وإن طلَّقَ حفصةَ ، طَلُقَتْ ثلاثًا ؛ لأنَّها طَلُقَتْ واحدةً بالمُباشِرةِ ، فطَلُقَتْ بها ضَرَّتاها[٦٧] ، ووقوعُ الطَّلاقِ بكلٍّ واحدةٍ منهما تَطْليقٌ ، لأنَّه بصفةٍ أحْدَثَها فيهما بعدَ تعليقِ طلاقِها بطلاقِهما ، فعادَ عليها من طَلاقِ كلِّ واحدةٍ منهما طلقةٌ ، فكَمُلَ لها ثلاثٌ ، وطَلُقَتْ عَمْرَةُ طَلْقتَيْنِ ، واحدةً بتَطْليقِ حفصةَ ، وأُخرَى بوُقوعِ الطَّلاقِ على زينبَ ؛ لأنَّه تَطْليقٌ لزينبَ ؛ لما ذكرناه ، وطَلُقَتْ[٦٨] زينبُ واحدةً ؛ لأنَّ طلاقَ ضَرَّتَيْها بالصِّفةِ ، ليس بتَطْليقٍ فى حقِّها . وإن قال لكلِّ واحدةٍ منهنَّ : كلَّما طَلُقَتْ إحْدَى ضَرَّتَيْكِ ، فأنت طالقٌ . ثم طلَّقَ الأُولَى ، طَلُقَت ثلاثًا ، وطَلُقَتْ الثَّانيةُ طَلْقتَيْنِ ، والثَّالثةُ طَلْقةً[٦٩] واحدةً ؛ لأنَّ [٧٠]تَطْليقَه للأُولَى[٧٠] شَرْطٌ لطلاقِ ضَرَّتَيْها ، ووقوعَ الطَّلاقِ بهما تطليقٌ بالنِّسبةِ إليها ، لكَوْنِه واقعًا بصِفَةٍ أحْدثَها بعدَ تَعْليقِ طَلاقِها بطلاقِهما ، فعادَ عليها من تَطْليقِ كلِّ واحدةٍ منهما طَلْقةٌ ، فكَمُلَ لها الثَّلاثُ ، وعاد على الثَّانيةِ من طلاقِ الثَّالثةِ طلقةٌ ثانيةٌ لذلك ، ولم يَعُدْ على الثَّالثةِ[٧١] من طلاقِهما الواقعِ بالصِّفةِ شىءٌ ؛ لأنَّه ليس[٧٢] بتطْليقٍ فى حقِّها . وإن طلَّقَ الثَّانيةَ طَلُقَتْ أيضًا [٧٣]طَلْقتَيْنِ ، وطَلُقَتِ[٧٣] الأُولَى ثلاثًا ، والثَّالثةُ طلقةً . وإن طلَّقَ الثَّالثةَ ، طَلُقَتِ الأُولى طَلْقتَيْنِ ، وطَلُقَتْ كلُّ واحدةٍ من الباقيتَيْنِ طَلْقةً طلقةً .

٨/٨و **فصل** : ولو قال لامرأتِه / : إن طَلَّقْتُك فعَبْدِى حُرٌّ . ثم قال لعبدِه : إن قُمتَ فامرأتى طالقٌ . فقام ، طَلُقَتِ المرأةُ ، وعَتَقَ العبدُ . ولو قال لعبدِه : إن قُمتَ فامرأتى طالقٌ . ثم قال لامرأتِه : إن طلَّقتُك فعَبْدِى حُرٌّ . فقامَ العبدُ ، طَلُقَتِ المرأةُ ، ولم يَعْتِقِ العبدُ ؛ لأنَّ

---

(٦٧) فى الأصل : « ضرتها » .

(٦٨) فى ا : « فطلقت » .

(٦٩) فى الأصل ، ا : « تطليقة » .

(٧٠-٧٠) فى ا : « تطليق الأولى » .

(٧١) فى الأصل : « الثلاثة » .

(٧٢) سقط من : الأصل .

(٧٣-٧٣) فى ب ، م : « طلقت وطلقتين » .

وُقوعَ الطَّلاقِ بالصِّفَةِ إنَّما يَكونُ تطْليقًا مع وُجودِ الصِّفَةِ ، ففى الصُّورةِ الأُولى وُجِدَتِ الصِّفَةُ والوقوعُ بعدَ قولِه : إن طلَّقتُكِ فعَبْدِى حُرٌّ . وفى الصُّورةِ الأُخْرَى لم يُوجَدْ بعدَ ذلك إلَّا الوقوعُ وحدَه ، فكانت الصِّفةُ سابقةً ، فلذلك لم يَعْتِقِ العبدُ . ولو قال لعبدِه : إن أعْتَقْتُكَ[74] فامرأتى طالِقٌ . ثم قال لامرأتِه : إن حَلَفْتُ بطلاقِكِ فعَبْدِى حُرٌّ . ثم قال لعبدِه : إن لم أضْرِبْكَ فامرأتى طالقٌ . عَتَقَ العبدُ ، وطَلُقَتِ المرأةُ .

فصل : ومتى علَّقَ الطَّلاقَ على صفاتٍ ، فاجْتَمَعْنَ فى شىءٍ واحدٍ ، وقعَ بكلِّ صِفةٍ ما عُلِّقَ عليها ، كما لو وُجِدَتْ مُفترِقَةً ، وكذلك العَتاقُ ، فلو قال لامرأتِه : إنْ كَلَّمْتِ رجلًا [75]فأنت طالقٌ[75] ، وإن كلَّمتِ طويلًا فأنتِ طالقٌ ، وإن كلَّمْتِ أسْودَ فأنتِ طالقٌ . فكَلَّمَتْ رجلًا أسودَ طويلًا ، طَلُقَتْ ثلاثًا . وإن[76] قال : إن ولدتِ بِنْتًا فأنتِ طالقٌ ، وإن ولدْتِ سوداءَ فأنتِ طالقٌ ، وإن ولدتِ ولدًا فأنتِ طالقٌ . فولدت بنتًا سوداءَ [وولدًا][77] ، طَلُقَتْ ثلاثًا . وإن قال : إن أكلتِ رُمَّانَةً فأنتِ طالقٌ ، وإن أكلْتِ نصفَ رُمَّانةٍ فأنتِ طالقٌ . فأكلَتْ رُمَّانةً ، طَلُقَتْ اثنتَيْنِ . وإن قال : كلَّما أكلْتِ رمَّانةً فأنتِ طالقٌ ، وكلَّما أكلْتِ نصفَ رُمَّانةٍ [75]فأنتِ طالقٌ[75] . فأكلَتْ رُمَّانةً ، طَلُقَتْ ثلاثًا ؛ لأنَّ كلَّما تَقْتضِى التَّكْرارَ ، وفى الرُّمَّانةِ نِصْفانِ ، فتَطْلُقُ بأكْلِهما طَلْقتينِ ، وبأكْلِ الرُّمَّانةِ طلقةً . فإن نَوَى بقولِه : نصفَ رُمَّانةٍ . نِصْفًا مُفْرَدًا عَنِ الرُّمَّانةِ المَشْرُوطَةِ ، أو كانت مع الكلامِ قرينةٌ تَقْتضِى ذلك ، لم يَحْنَثْ حتى تأْكلَ ما نَوَى تَعْليقَ الطَّلاقِ به ؛ لأنَّ مَبْنَى الأيمانِ على النِّيَّةِ .

فصل : فإن قال : إن دخلَ الدَّارَ رجلٌ فعبدٌ من عَبِيدِى حُرٌّ ، وإن دخلَها طويلٌ فعبدانِ حُرَّانِ ، وإن دخلَها أسودُ فثلاثةُ أعْبُدٍ أحرارٌ ، وإن دخلَها فقيهٌ فأربعةُ أعبُدٍ أحرارٌ . فدخلَها فقيهٌ طويلٌ أسودُ ، عَتَقَ من عَبِيدِه عشرةٌ . وإن كان له أربعُ نِسْوةٍ ،

---

(٧٤) فى ب ، م : « أعتقك » .

(٧٥ - ٧٥) سقط من : الأصل .

(٧٦) فى ا : « ولو » .

(٧٧) تكملة يصح بها السياق .

فقال : إن طَلَّقْتُ امرأةً مِنكُنَّ فعبدٌ من عَبِيدى حُرٌّ ، وإن طَلَّقْتُ اثنتَيْنِ فعبدانِ حُرَّانِ ، وإن طَلَّقْتُ ثلاثةً ، فثلاثةُ أعْبُدٍ [78] أحرارٌ ، وإن طَلَّقْتُ أربعًا ، فأربعةُ أعْبُدٍ [78] أحرارٌ / ، ثم طلَّقَ الأربعَ مُجْتمِعاتٍ أو مُتفرِّقاتٍ ، عَتَقَ من عَبِيده عشرةٌ ؛ بالواحدةِ واحدٌ ، وبالاثنتَيْنِ اثنانِ ، وبالثَّلاثِ ثلاثةٌ ، وبالأربعِ أربعةٌ ؛ لاجتماع هذه الصِّفاتِ الأربعِ فيهنَّ .

٨/٨ظ

ولو علَّقَ ذلك بلفظةِ « كلَّما » ، فقد قِيلَ : يَعْتِقُ عشرةٌ أيضًا . والصَّحيحُ أنَّه يَعْتِقُ خمسةَ عشرَ عبدًا ؛ لأنَّ فيهنَّ أرْبَعَ صفاتٍ ، هُنَّ أربعٌ ، فيَعْتِقُ أربعةٌ ، وهُنَّ أربعةُ آحادٍ ، فيَعْتِقُ بذلك أربعةٌ ، [78] وهُنَّ اثْنتان واثْنتان ، فَيَعْتِقُ بذلك أربعةٌ [78] ، وفيهنَّ ثلاثٌ ، فيَعْتِقُ بهن ثلاثةٌ . وإن شئتَ قلتَ : يَعْتِقُ بالواحدةِ واحدٌ ، وبالثَّانيةِ ثلاثةٌ ؛ لأنَّ فيها صِفَتَيْنِ هى واحدةٌ ، وهى مع الأُولَى اثْنتانِ ، ويَعْتِقُ بالثَّالثةِ أربعةٌ ؛ لأنَّها واحدةٌ ، وهى مع الأُولى والثَّانيةِ ثلاثٌ ، ويَعْتِقُ بالرَّابعةِ سبعةٌ ؛ لأنَّ فيها ثلاثَ صفاتٍ ، هى واحدةٌ ، وهى مع الثَّالثةِ اثْنتانِ ، وهى مع الثَّلاثِ التى قبلَها أربعٌ . وهذا أوْلَى مِنَ الأوَّلِ ؛ لأنَّ قائلَه لا يَعْتَبِرُ صفةَ طلاقِ الواحدةِ فى غيرِ الأُولَى ، ولا صفةَ التَّثْنِيَةِ فى الثَّالثةِ والرَّابعةِ ، ولفظُ [79] « كلَّما » يَقْتضِى التَّكْرارَ ، فيَجِبُ تَكْرارُ الطَّلاقِ بتَكْرارِ [80] الصِّفاتِ . وقِيلَ : يَعْتِقُ سبعةَ عشرَ ؛ لأنَّ صفةَ التَّثْنيةِ قد وُجِدَتْ ثلاثَ مرَّاتٍ ، فإنَّها تُوجَدُ بضَمِّ الثَّانيةِ إلى الثَّالثةِ . وقِيلَ : يَعْتِقُ عشرونَ . وهو قولُ أبى حنيفةَ ؛ لأنَّ صفةَ الثَّلاثِ وُجِدَتْ مرَّةً ثانيةً بِضَمِّ الثَّانيةِ والثَّالثةِ إلى الرَّابعةِ ، وكلا القَوْلينِ غيرُ سَدِيدٍ ؛ لأنَّهم عَدُّوا الثَّانيةَ مع الأُولى فى صفةِ التَّثْنيةِ مرَّةً ، ثم عَدُّوها مع الثَّالثةِ مرَّةً أُخرَى ، وعَدُّوا الثَّانيةَ والثَّالثةَ فى صفةِ التَّثْلِيثِ مرَّتينِ ، مَرَّةً مع الأُولى ، ومَرَّةً مع الرَّابعةِ ، وماعُدَّ فى صِفَةٍ مَرَّةً ، لا يَجوزُ عَدُّه فى تلك الصِّفةِ مَرَّةً أُخرى . ولذلك لو قال : كلَّما أكَلْتِ نصفَ رُمَّانَةٍ فأنتِ طالقٌ . فأكلَتْ رُمَّانَةً ، لم

(٧٨ - ٧٨) سقط من : ب ، م .

(٧٩) فى الأصل : « ولفظة » .

(٨٠) فى ب ، م : « بتكرر » .

تَطْلُقْ إلا اثْنَتَيْنِ ؛ لأنَّ الرُّمّانةَ نِصْفانِ . ولا يُقالُ : إنَّها تَطْلُقُ ثالثةً ، بأنْ يُضَمَّ الرُّبعُ الثَّانى إلى الرُّبعِ الثَّالثِ[٨١] فيَصيرانِ نصفًا ثالثًا ، وكذلك فى مسألتِنا ، لم تُضَمَّ الأُولَى إلى الرَّابعةِ ، فيَصيرانِ اثنَتيْنِ . وعلى سياقِ هذا القولِ ، يَنْبغِى أن يَعْتِقَ اثنانِ وثلاثونَ ؛ واحدٌ بطلاقِ واحدةٍ ، وثلاثةٌ بطلاقِ الثَّانيةِ ، وثمانيةٌ بطلاقِ الثَّالثةِ ؛ لأنَّها واحدةٌ ، وهى مع ما قبلَها ثلاثةٌ ، وهى مع ضَمِّها إلى الأُولَى اثنتانِ ، ومع ضَمِّها إلى الثَّانيةِ اثنتانِ ، ففيها صفةُ التَّثْنيةِ مرَّتانِ ، ويَعْتِقَ بطلاقِ الرَّابعةِ عشرونَ ؛ لأنَّ فيها ثمانِىَ صفاتٍ ، هى واحدةٌ، وهى مع ما قبلَها أربعٌ ، وفيها صفةُ التَّثليثِ / ثلاثُ مرَّاتٍ ، هى مع الأُولى والثَّانيةِ ثلاثٌ ، ومع الثَّانيةِ والثَّالثةِ ثلاثٌ ، ومع الأُولى والثَّالثةِ ثلاثٌ ، فيَعْتِقُ بذلك تسعةٌ ، وفيها صفةُ التَّثْنيةِ ثلاثُ مرّاتٍ ، هى مع الأُولى اثْنَتانِ ، وهى مع الثَّانيةِ اثنتانِ ، وهى مع الثَّالثةِ اثنتانِ ، فيَعْتِقُ بذلك[٨٢] سِتَّةٌ ، ويَصيرُ الجميعُ اثنينِ وثلاثينَ ، وما نعْلَمُ بهذا قائلًا ، وهذا مع الإطلاقِ . فأمَّا إن نَوَى بلفظِه غيرَ ما يَقْتضِيه الإطْلاقُ ، مثل أن يَنْوِىَ بقولِه : اثنتَيْنِ . غيرَ الواحدةِ ، فيَمِينُه على ما نَوَاه ، ومتى لم يُعَيِّنِ العبيدَ المُعْتَقِينَ ، أُخْرِجُوا بالقُرْعَةِ . ولو قال : كلَّما أعْتَقْتُ عبدًا مِن عَبِيدِى فامرأةٌ مِن نسائِى طالقٌ ، وكلَّما أعْتقْتُ اثنيْنِ فامْرأتانِ طالِقتانِ[٨٣] . ثم أعتقَ اثنَيْنِ ، طَلُقَ الأربعُ ، على القولِ الصَّحيحِ ، وعلى القولِ الأوَّلِ ، يَطْلُقُ ثلاثٌ ، ويُخْرَجْنَ بالقُرعةِ . ولو قال : كلَّما أعْتَقْتُ عبدًا من عَبِيدِى فجاريةٌ مِن جَوَارِىَّ حُرَّةٌ ، وكلَّما أعْتَقْتُ اثنَيْنِ فجاريتانِ حُرَّتانِ ، وكلَّما أعْتَقْتُ ثلاثةً فثلاثٌ أحرارٌ ، وكلَّما أعتقتُ أربعةً فأربعٌ أحْرارٌ ، ثم أعْتَقَ أربعةً ، عَتَقَ من جَوَارِيه بعَدَدِ ما طلَّقَ مِنَ النِّساءِ على ما ذكرنا . وإن أعْتقَ خمسًا فعلى القولِ الأوَّلِ ، يَعْتِقُ مِن جوارِيه هٰهُنا خمسَ عشرةَ . وعلى القولِ الثَّانى ، يَعْتِقُ إحْدَى

٩/٨و

(٨١) فى الأصل : « الأول » .

(٨٢) فى الأصل : « لذلك » .

(٨٣) فى ب ، م : « طلقتان » .

وعشرونَ ؛ لأنَّ عِتْقَ الخامسِ عَتَقَ به سِتٌّ ، لكَوْنِه واحدًا ، وهو مع ما قبلَه خمسةٌ ، ولم يُمْكِنْ[84] عَدُّه فى سائرِ الصِّفاتِ ، لأنَّ ما قبلَه قد عُدَّ فى ذلك مَرَّةً ، فلا يُعَدُّ ثانيةً .

١٢٧٢ ــ مسألة ؛ قال : (وَإِذَا قَالَ : إِنْ لَمْ أُطَلِّقْكِ فَأَنْتِ طَالِقٌ . وَلَمْ يَنْوِ وَقْتًا ، وَلَمْ يُطَلِّقْهَا حَتَّى مَاتَ أَوْ مَاتَتْ ، وَقَعَ الطَّلَاقُ بِهَا فِى آخِرِ أَوْقَاتِ الْإِمْكَانِ)

وجملةُ ذلك أنَّ حرفَ «إنْ» موضوعٌ للشَّرطِ ، لا يَقْتضِى زمنًا ، ولا يَدُلُّ عليه إلَّا مِن حيثُ إنَّ الفعلَ المُعَلَّقَ به مِنْ ضَرُورتِه الزَّمانُ ، وما حصَلَ ضرورةً لا يَتَقَيَّدُ بزمنٍ مُعَيَّنٍ ، ولا يَقْتضِى تَعْجيلًا ، فما عُلِّقَ عليه كان على التَّراخِى ، سواءٌ فى ذلك الإثْباتُ والنَّفىُ . فعلى هذا إذا قال : إن لم أُطَلِّقْكِ فأنتِ طالقٌ . ولم يَنْوِ وقتًا ، ولم يُطَلِّقها ، كان ذلك على التَّراخِى ، ولم يَحْنَثْ بتأْخيرِه ؛ لأنَّ كلَّ وقتٍ يُمْكِنُ أن يفعلَ ما حَلَفَ عليه ، فلم يَفُتِ الوقتُ ، فإذا ماتَ أحدُهما عَلِمْنا حِنْثَه حينئذٍ ؛ لأنَّه لا يُمْكِنُ إيقاعُ الطَّلاقِ بها بعدَ موتِ أحدِهما ، فتَبَيَّنَ أنَّه وقعَ ، إذْ لم يَبْقَ من حياتِه ما يَتَّسِعُ لتَطْليقِها . وبهذا قال / أبو حنيفةَ ، والشّافعىُّ ، ولا نَعلمُ فيه بين أهلِ العلمِ خلافًا . ولو قال : إن لم أُطَلِّقْ عَمْرَةَ فحفصةُ طالقٌ . فأىُّ الثَّلاثةِ ماتَ أوَّلًا ، وقعَ الطَّلاقُ قُبَيْلَ[1] موتِه ؛ لأنَّ تطْليقَه لحفصةَ على وَجْهٍ تَنحَلُّ به يَمينُه ، إنَّما يَكونُ فى حياتِهم جميعًا . وكذلك لو قال : إن لم أُعْتِقْ عَبْدِى ، أو إن لم أضرِبْه ، فامرأتى طالقٌ . وقعَ بها الطَّلاقُ فى آخرِ جزءٍ من حياةِ أوَّلِهم مَوْتًا . فأمَّا إن عيَّنَ وقتًا بلَفْظِه ، أو بنِيَّتِه ، تَعَيَّنَ ، وتَعلَّقَتْ يَمينُه به . قال أحمدُ ، رَحِمَه اللهُ : إذا قال : إن لم أضْرِبْ فلانًا ، فأنتِ طالقٌ ثلاثًا . فهو على ما أرادَ من ذلك ؛ وذلك لأنَّ الزَّمانَ المَحْلوفَ على

٩/٨ ظ

---

(٨٤) فى الأصل : « يكن » .

(١) فى ا ، ب ، م : « قبل » .

تَرْكِ الفعلِ فيه تَعَيَّنَ بِنِيَّتِه وإرادتِه ، فصار كالمُصرَّحِ به فى لفظِه ؛ فإنَّ مَبْنَى الأيمانِ على النِّيَّةِ ، لقولِ النَّبىِّ ﷺ : « إِنَّمَا لِامْرِئٍ مَا نَوَى »[2] .

فصل : ولا يُمْنَعُ من وَطْءِ زوجتِه قبلَ فِعْلِ ما حَلَفَ عليه . وبهذا قال أبو حنيفةَ ، والشّافعىُّ . وقال سعيدُ بنُ المُسَيَّبِ ، والحَسَنُ ، والشَّعْبِىُّ ، ويحيى الأنْصارىُّ ، وربيعةُ ، ومالكٌ ، وأبو عُبَيدٍ : لا يَطأُ حتى يفعلَ ؛ لأنَّ الأصلَ عدمُ الفعلِ ، ووقوعُ الطَّلاقِ . ورَوَى الأثرمُ عن أحمدَ مثلَ ذلك . وقال الأنْصارىُّ ، ورَبيعةُ ، ومالكٌ : يُضْرَبُ له أجلُ المُولِى ، كما لو حَلَفَ أنْ لا يَطأَها . ولَنا ، أنَّه نكاحٌ صحيحٌ ، لم يَقَعْ فيه طلاقٌ ولا غيرُه من أسبابِ التَّحريمِ ، فحَلَّ له الوَطْءُ فيه ، كما لو قال : إن طلَّقتُك فأنتِ طالقٌ . وقولُهم : الأصلُ عدمُ [3]الفعلِ ووقوعُ[3] الطَّلاقِ . قُلْنا : هذا الأصلُ لم يَقْتَضِ وُقوعَ الطَّلاقِ ، فلم يَقْتَضِ حُكمَه ، ولو وقعَ الطَّلاقُ بعدَ وَطْئِه لم يَضُرَّ ، كما لو طلَّقَها ناجزًا ، وعلى أنَّ الطَّلاقَ ههُنا إنَّما يَقعُ فى زَمنٍ لا يُمْكِنُ الوَطْءُ بعدَه ، بخلافِ قولِه : إن وَطِئْتُكِ فأنتِ طالقٌ .

فصل : إذا كان المُعَلَّقُ طلاقًا بائنًا فماتَت ، لم يَرِثْها ؛ لأنَّ طلاقَه أبانَها منه ، فلم يَرِثْها ، كما لو طلَّقَها ناجزًا عندَ موتِها . وإن مات وَرِثَتْه . نصَّ عليه أحمدُ ، فى روايةِ أبى طالبٍ ، إذا قال لزوجتِه : أنتِ طالقٌ ثلاثًا إن لم أتزوَّجْ عليك . وماتَ ولم يَتزوَّجْ عليها ، وَرِثَتْه ، وإن ماتتْ لم يَرِثْها ؛ وذلك لأنَّها تَطْلُقُ فى آخرِ حياتِه ، فأشْبَهَ طلاقَه لها فى تلك الحالِ . ونحوَ هذا قال عطاءٌ ، ويحيى الأنْصارىُّ . ويَتخَرَّجُ لنا أنَّها لا تَرِثُه أيضًا . وهذا قولُ سعيدِ بنِ المُسَيَّبِ ، والحسنِ ، والشَّعْبِىِّ ، وأبى عُبَيْدٍ ؛ لأنَّه إنَّما طلَّقَها فى صحَّتِه ، وإنَّما تَحقَّقَ شَرْطُ وُقوعِه فى / المرضِ ، فلم[4] تَرِثْه ، كما لو علَّقَه على فِعْلِها ، فَفَعَلَتْه فى ١٠/٨و

---

(٢) تقدم تخريجه فى : ١ / ١٥٦ .

(٣ - ٣) سقط من : الأصل ، ا .

(٤) فى ب ، م : « لم » .

مرضِه . وقال أبو حنيفةَ : إن حَلَفَ إن لم تَأتِ الْبَصْرَةَ فأنت طالقٌ . فلم تَفعلْ ، فإنَّهما[٥] لا يَتَوارَثانِ . وإن قال : إن لم آت البصرةَ فأنتِ طالقٌ . فماتَ ، وَرِثَتْه ، وإن ماتت لم يَرِثْها ؛ لأنَّه فى الأُولَى علَّقَ الطّلاقَ على فِعْلِها ، فإذا امتنعَتْ منه فقد حَقَّقَتْ شرطَ الطَّلاقِ ، فلم تَرِثْه ، كما لو قال : إن دَخَلْتِ الدَّارَ فأنتِ طالقٌ . فدخلَتْها . وإذا علَّقَه على فِعْلِ نفسِه ، فامْتَنعَ ، كان الطَّلاقُ منه ، فأَشْبَهَ ما لو نَجزَهُ فى الحالِ . ووَجْهُ الأوَّلِ أنَّه طلاقٌ فى مرضِ مَوْتِه ، فمنعَه ميراثَه ، ولم يَمْنَعْها ، كما لو طلَّقها ابتداءً ، ولأنَّ الزَّوجَ أخَّرَ الطّلاقَ اخْتيارًا منه حتى وقعَ ما علَّقَ عليه فى مرضِه ، فصارَ كالمُبَاشِرِ[٦] له . فأمَّا ما ذُكِرَ عن أبى حنيفةَ ، فحَسَنٌ إذا كان الفعلُ ممَّا لا مَشَقَّةَ عليها فيه ؛ لأنَّ تَرْكَها له كفِعْلِها لِمَا حَلَفَ عليها لِتَتْرُكَه ، وإنْ كانَ ممَّا فيه مَشَقَّةٌ ، فلا يَنْبغِى أن يَسْقُطَ ميراثُها بتَرْكِه ، كما لو حَلَفَ عليها لتَرْكِ ما لابُدَّ لها مِن فعلِه ، ففعلَتْه[٧] .

فصل : إذا حَلَفَ لَيَفعلَنَّ شيئًا ، ولم يُعَيِّنْ له وقتًا بلفظِه ولا بنِيَّتِه ، فهو على التَّراخِى أيضًا ؛ فإنَّ لفظَه مُطْلَقٌ بالنِّسبةِ إلى الزَّمانِ كلِّه ، فلا يَتَقَيَّدُ بدونِ تَقْييده ، ولذلك لمَّا قالَ اللهُ تعالى فى السَّاعةِ : ﴿ قُلْ بَلَىٰ وَرَبِّى لَتَأْتِيَنَّكُمْ ﴾[٨] . وقال : ﴿ قُلْ بَلَىٰ وَرَبِّى لَتُبْعَثُنَّ ثُمَّ لَتُنَبَّؤُنَّ بِمَا عَمِلْتُمْ ﴾[٩] . ولما قال : ﴿ لَتَدْخُلُنَّ ٱلْمَسْجِدَ ٱلْحَرَامَ إِن شَآءَ ٱللَّهُ ءَامِنِينَ ﴾[١٠] . كان ذلك على التَّراخِى ؛ فإنَّ الآيةَ أُنزِلَتْ فى نَوْبَةِ الْحُدَيْبِيَةِ فى سنةِ ستٍّ ، وتَأخَّرَ الفتحُ إلى سنةِ ثَمانٍ . ولذلك رُوِىَ عن عمرَ أنَّه قال : قلتُ للنَّبىِّ ﷺ : أوَ ليس كنتَ تُحدِّثُنا أنَّا سنأتى البيتَ فنَطُوفُ[١١] به ؟ قال : « بَلَى ، فَأَخْبَرْتُكَ أنَّكَ

---

(٥) سقط من : ا .

(٦) فى الأصل ، ب ، م : « كالمباشرة » .

(٧) فى ب ، م : « فعلته » .

(٨) سورة سبأ ٣ .

(٩) سورة التغابن ٧ .

وبعد الآية فى الأصل ، ا زيادة : « كان ذلك على التراخى » . وسيأتى .

(١٠) سورة الفتح ٢٧ .

(١١) فى ب ، م : « ونطوف » .

آتِيهِ الْعَامَ ؟ » . قلتُ : لا . قال : « فَإِنَّكَ آتِيهِ ، وَمُطَوِّفٌ بِهِ »[١٢] . وهذا ممَّا لا خِلافَ فيه نَعلمُه .

فصل : إذا قال لامرأتِه : أنتِ طالقٌ اليومَ ، إن لم أُطَلِّقْك اليومَ . ولم يُطَلِّقْها ، طَلُقَتْ إذا بَقِىَ مِنَ اليومِ مالا يَتَّسِعُ لتطْليقِها فيه ، على مُقْتَضَى هذه المسألةِ . وهذا اختيارُ أبى الخَطَّابِ ، وقولُ أصحابِ الشّافعىِّ . وحَكَى القاضى فيها وَجْهينِ ؛ هذا ، ووَجهًا آخرَ أنَّ الطَّلاقَ لا يَقعُ . وحُكِىَ ذلك عن أبى بكرٍ ، وابنِ سُرَيْجٍ ، لأنَّ مَحَلَّ الطَّلاقِ اليوم ، ولا يُوجَدُ شرطُ طلاقِها إلَّا بخُروجِه ، / فلا يَبْقَى مِن مَحَلِّ طَلاقِها ما يَقَعُ الطَّلاقُ فيه . ولَنا ، أنَّ خُروجَ اليومِ يَفُوتُ به طلاقُها ، فوَجَبَ وقوعُه قبلَه فى آخرِ وقتِ الإمْكانِ كمَوْتِ أحدِهما فى اليومِ ؛ وذلك لأنَّ معنى يَمِينِه ؛ إن فاتَنِى طلاقُكِ اليومَ فأنتِ طالقٌ فيه . فإذا بَقِىَ من اليومِ مالا[١٣] يَتَّسِعُ لتطْليقِها ، فقد فاتَه طَلاقُها فيه ، فوقَعَ حينئذٍ ، كما يَقَعُ طلاقُه[١٤] فى مسألتِنا فى آخرِ حياةِ أوَّلِهما مَوْتًا . وما ذكَرُوه باطلٌ بما لو ماتَ أحدُهما فى اليومِ ؛ فإنَّ مَحَلَّ طلاقِها يَفُوتُ بمَوْتِه ، ومع ذلك فإنَّ الطَّلاقَ يَقعُ قُبَيْلَ مَوْتِه ، كذا هٰهُنا . ولو قال لها : أنتِ طالقٌ اليومَ ، إن لم أَتزوَّجْ عليكِ اليومَ ، أو إن لم أشْتَرِ لكِ[١٤] اليومَ ثوبًا . ففيه الوَجْهان . والصَّحيحُ منهما وقوعُ الطَّلاقِ بها ، إذا بَقِىَ من اليومِ مالا يَتَّسِعُ لِفِعْلِ المحْلوفِ عليه فيه . [١٥]وإن قال لها : أنتِ طالقٌ إن لم أُطَلِّقْك اليومَ . طَلُقَتْ ، بغيرِ خلافٍ . وفى مَحَلِّ وقوعِه وَجْهانِ ؛ أحدُهما ، فى آخرِ اليومِ . والثّانى ، بعدَ خروجِه[١٥] . وإن قال لها[١٦] : أنتِ طالقٌ اليومَ ، إن لم أُطَلِّقْكِ . فهو كقولِه : أنتِ

١٠/٨ ظ

---

(١٢) أخرجه البخارى ، فى : باب الشروط فى الجهاد والمصالحة مع أهل الحرب وكتابة الشروط ، من كتاب الشروط . صحيح البخارى ٣ / ٢٥٦ .

(١٣) سقط من : ا .

(١٤) سقط من : الأصل .

(١٥ – ١٥) سقط من : الأصل .

(١٦) سقط من : ا ، ب ، م .

طالقٌ اليومَ ، إن لم أُطَلِّقْكِ اليومَ . لأنَّه جَعلَ عَدَمَ طلاقِها شَرْطًا لطلاقِها اليومَ ، والشَّرطُ يَتَقَدَّمُ المشْروطَ .

فصل : وإن قال لعبدِه : [إنْ][17] لم أَبِعْكَ اليومَ ، فامْرأتى طالقٌ اليومَ . ولم يَبِعْه حتى خَرَجَ اليومُ ، ففيه الوَجْهانِ . وإن أَعْتَقَ العبدَ ، أو ماتَ ، أو ماتَ الحالفُ ، أو المرأةُ ، فى اليومِ ، طَلُقَتْ زوجتُه حينئذٍ ؛ لأنَّه قد فاتَ بَيْعُه ، وإن دَبَّرَه ، أو كاتبَه ، لم تَطْلُق امرأتُه ؛ لأنَّ بَيْعَه جائزٌ . ومن مَنَعَ بَيْعَهُما[18] قال : يَقَعُ الطَّلاقُ بذلك ، كما لو ماتَ . وإن وهَبَ العبدَ لإنسانٍ ، لم يَقَعِ الطَّلاقُ ؛ لأنَّه يُمْكِنُ عَوْدُه إليه ، فيَبِيعُه ، فلم يَفُتْ بَيْعُه . ولو قال : إن لم أَبِعْ عَبْدِى ، فامرأتى طالقٌ . ولم يُقَيِّدْه باليومِ ، فكاتبَ العبدَ ، لم يَقَعِ الطَّلاقُ ؛ لأنَّه يُمْكِنُ عَجْزُه ، فلم يُعْلَمْ فَوَاتُ البيْعِ ، فإن عَتَقَ بالكتابةِ أو غيرِها ، وَقَعَ الطَّلاقُ حينئذٍ ، لأنَّه قد[19] فاتَ بيعُه .

١٢٧٣ – مسألة ؛ قال : (وَإِنْ قَالَ : كُلَّمَا لَمْ أُطَلِّقْكِ فَأَنْتِ طَالِقٌ . (1وَقَعَ بِهَا الثَّلَاثُ فِى الحَالِ ، إِذَا كَانَ1) مَدْخُولًا بِهَا)

إنَّما كان كذلك ، لأنَّ كلَّما تَقتضِى التَّكْرارَ ، قال اللهُ تعالى : ﴿ كُلَّ مَا جَآءَ أُمَّةً رَسُولُهَا كَذَّبُوهُ ﴾[2] . وقال : ﴿ كُلَّمَا دَخَلَتْ أُمَّةٌ لَّعَنَتْ أُخْتَهَا ﴾[3] . فيَقْتضِى تَكْرَارَ الطَّلاقِ بتَكَرُّرِ[4] الصِّفةِ ، والصِّفةُ عدمُ تَطْلِيقِه لها ، فإذا مَضَى بعدَ يَمِينِه زمنٌ يُمْكِنُ أن يُطلِّقَها فيه ، فلم يُطلِّقْها ، فقد وُجِدَتِ الصِّفَةُ ، فيَقَعُ طَلْقَةٌ ، وتَتْبعُها الثَّانيةُ

---

(١٧) تكملة يتم بها السياق .

(١٨) فى ب ، م : « بيعتهما » .

(١٩) سقط من : ا ، ب ، م .

(١ – ١) فى ا : « لزمها الثلاث إذا كانت » .

(٢) سورة المؤمنون ٤٤ .

(٣) سورة الأعراف ٣٨ .

(٤) فى ا : « تكرر » . وفى ب ، م : « تكرار » .

والثّالثةُ ، إن كانتْ مَدْخولًا بها ، وإن لم تَكُنْ مَدْخولًا بها ، بانَتْ بالأُولَى ، ولم يَلْزَمْها ما بعدَها ؛ لأنَّ البائنَ لا يَلْحَقُها طلاقٌ . فأمَّا[5] إن قال : إذا[5] لم أُطلِّقْكِ فأنتِ طالقٌ . أو : متى لم أُطلِّقْكِ[6] فأنتِ طالقٌ[6] . أو : أىَّ وقتٍ / لم أُطلِّقْكِ فأنتِ طالقٌ . فإنَّها تَطْلُقُ واحدةً ، ولا يَتَكرَّرُ إلَّا على قَوْلِ أبى بكرٍ فى « مَتَى » ، فإنَّه يراها للتَّكْرارِ ، فيتَكرَّرُ الطَّلاقُ بها مثلُ « كُلَّما » ، إلَّا أنَّ « مَتَى » و « أىَّ وقتٍ » يَقْتضيانِ الطَّلاقَ على الفَوْرِ ، فمتى مَضَى زمنٌ يُمْكِنُ أن يُطلِّقَها فيه ، ولم يُطلِّقْها ، طَلُقَتْ فى الحالِ . وأمَّا « إذَا » ففيها وَجْهانِ ؛ أحدُهما ، هى على الفَوْرِ ؛ لأنَّها اسمُ وقتٍ ، فهى كمَتَى . والثَّانى ، أنَّها على التَّراخِى ؛ لأنَّها كثُرَ استعمالُها فى الشَّرْطِ ، فهى كإِنْ . فعلى هذا إذا قالَ : إذا لم أُطلِّقْكِ فأنتِ طالقٌ . ولم يَنْوِ وَقْتًا ، لم تَطْلُقْ إلَّا فى آخرِ جُزْءٍ مِنْ حياةِ أحدِهما . وإن قال : متى لم أحْلِفْ بطلاقكِ فأنتِ طالقٌ . أو : أىَّ وقتٍ لم أحلفْ بطَلاقِكِ[7] فأنتِ طالقٌ . وكَرَّرَه ثلاثًا مُتوالياتٍ ، طَلُقَتْ مرَّةً واحدةً ؛ لأنَّه لم يَحْنَثْ[8] فى المَرَّةِ الأُولَى ، ولا الثَّانيةِ ، لكَوْنِه حَلَفَ عَقِيبَيْهما ، وحَنِثَ فى الثَّالثةِ . وإن سكتَ بين كلِ يَمينَيْنِ[9] سُكُوتًا يُمْكِنُه الحَلِفُ فيه ، طَلُقَتْ ثلاثًا . وإن قال ذلك بلفظة إذا ، وقُلْنا : هى على الفَوْرِ . فهى كمَتَى ، وإلَّا لم تَطْلُقْ إلَّا واحدةً فى آخرِ حياةِ أحدِهما .

فصل : والحروفُ المُستَعْملةُ للشَّرْطِ وتَعْليقِ الطَّلاقِ بها سِتَّةٌ ؛ إنْ ، وإذَا ، ومَتَى ، ومَنْ ، وأىّ ، وكُلَّما . فمتى علَّقَ الطَّلاقَ بإيجادِ فعْلٍ بواحدٍ منها ، كان على التَّراخِى ، مثل قولِه : إنْ خَرَجْتِ ، وإذا خرجتِ ، ومتى خرجتِ ، وأىّ حِينٍ ، وأىّ زمانٍ ، وأىّ وقتٍ خرَجْتِ ، وكلَّما خرَجْتِ ، ومَنْ خَرَجَتْ مِنكُنَّ ، وأيَّتُكُنَّ خَرَجَتْ فهى طالقٌ . فمتى وُجِدَ الخروجُ طَلُقَتْ . وإن ماتَ أحدُهما ، سقَطتِ اليمينُ . فأمَّا إن علَّقَ الطَّلاقَ

١١/٨ و

(٥ – ٥) فى ب ، م : « إذا قال إن » .

(٦ – ٦) سقط من : الأصل ، ب ، م .

(٧) فى ب ، م : « بطلاق » .

(٨) فى ب ، م : « يحدث » .

(٩) فى الأصل : « يمين » .

بالنَّفْيِ بواحدٍ من هذه الحروفِ ، كانت « إنْ » على التَّراخِي ، ومَتَى ، وأيّ ، ومَن ، وكُلَّمَا ، على الفَوْرِ ؛ لأنَّ قولَه : مَتَى دخلتِ فأنتِ طالقٌ . يَقْتضِي أيَّ زمانٍ دخلتِ فأنتِ طالقٌ . وذلك شائعٌ فى الزَّمانِ كلِّه ، فأىّ زمنٍ دَخَلَتْ وُجِدَتِ الصِّفَةُ . وإذا قال : متى لم تَدْخُلِى فأنتِ طالقٌ . فإذا مضى عَقِيبَ اليمين زمنٌ لم تَدْخُلْ فيه ، وُجِدَتِ الصِّفَةُ ؛ لأنَّها[10] اسمٌ لوقتِ الفعْلِ ، فيُقَدَّرُ به ، ولهذا يَصِحُّ السُّؤالُ به ، فيُقَالُ : متى دَخَلْتِ ؟ أىْ : أىّ وقتٍ دخلتِ . وأمّا « إنْ » فلا تَقْتضِي وقتًا ، فقولُه : إن لم تَدخُلى . لا يَقْتضِي وقتًا ، إلَّا ضرورةَ أنَّ الفعلَ لا يَقعُ إلَّا فى وقتٍ ، فهى مُطْلَقَةٌ فى الزَّمانِ كلِّه . وأمَّا إذا ، ففيها[11] وجهانِ ؛ أحدُهما / ، هى على التَّراخِى . وهو قولُ أبى حنيفةَ . ونَصَرَه القاضى ؛ لأنَّها تُسْتعمَلُ شَرْطًا بمعنى إنْ ، قالَ الشَّاعرُ[12] :

١١/٨ ظ

اسْتَغْـنِ مَا أغْنَـاكَ رَبُّكَ بالغِنَـى وإذا تُصِبْكَ خَصَاصَةٌ فَتَجَمَّلِ[13]

فجَزَمَ بها كما يَجزمُ بإنْ ، ولأنَّها تُسْتعمَلُ بمعنى متى وإنْ ، وإذا احْتَمَلَتِ الأمْرَيْنِ ، فاليقينُ بقاءُ النِّكاحِ ، فلا يَزولُ بالاحْتمالِ . والوجهُ الآخَرُ أنَّها على الفَوْرِ . وهو قولُ أبى يوسفَ ، ومحمدٍ . وهو المنصوصُ عن الشّافعىِّ ؛ لأنَّها اسمٌ لزمنٍ مُستَقْبَلٍ ، فتَكونُ كمتى . وأمَّا المُجازَاةُ بها فلا تُخرِجُها عن موضوعِها ، فإنّ متى يُجازَى بها ، ألا تَرَى إلى[14] قولِ الشَّاعرِ[15] :

مَتَى تَأْتِـهِ تَعْشُو إلى ضَوْءِ نَارِهِ تَجِدْ خَيْرَ نَارٍ عِنْدَهَا خيرُ مُوقِـدِ

و « مَنْ » يُجازَى بها أيضًا ، وكذلك « أىّ » وسائرُ الحروفِ ، وليس فى هذه الحروفِ ما

---

(١٠) فى ا ، ب ، م : « فإنها » .

(١١) فى ب ، م : « ففيه » .

(١٢) هو عبد قيس بن خُفَاف البُرْجُمِىُّ ، من بنى عمرو بن حنظلة من البراجم ، أو حارثة بن بدر الغدانى . والبيت فى المفضليات ٣٨٥ . وانظر معجم شواهد العربية ٣١٩ .

(١٣) سقط صدر البيت من : الأصل ، ا .

(١٤) سقط من : ب ، م .

(١٥) هو الحطيئة . والبيت فى ديوانه ١٦١ .

يَقْتضِي التَّكْرَارَ إلَّا كلَّما ، وذكر أبو بكرٍ فى متى أنَّها تَقْتضِي التّكرارَ أيضًا ؛ لأنَّها تُستعمَلُ للتَّكرارِ ، بدليلِ قولِه :

متـى تَأْتِـه تَعشُو إلى ضَوْءِ نارِه ... تَجدْ خيرَ نارٍ عندَها خيرُ مُوقِـدِ

أى : فى كلِّ وقتٍ . ولأنَّها تُستعمَلُ فى الشَّرْطِ والجزاءِ ، ومتى وُجِدَ الشَّرطُ تَرَتَّبَ عليه جَزاؤُه . والصَّحيحُ أنَّها لا تَقْتضِيه ؛ لأنَّها اسمُ زمنٍ بمعنى أىّ وقتٍ ، وبمعنى إذا ، فلا تَقْتضِي مالا يَقْتضِيَانِه ، وكونُها تُسْتعمَلُ للتكْرارِ[١٦] فى بعضِ أحْيانِها ، لا يَمْنعُ استعمالَها فى غيرِه ، مثل إذا وأىّ وقتٍ ، فإنَّهما يُسْتعمَلانِ فى الأمرينِ ، قال اللهُ تعالى : ﴿ وَإِذَا رَأَيْتَ ٱلَّذِينَ يَخُوضُونَ فِىٓ ءَايَـٰتِنَا فَأَعْرِضْ عَنْهُمْ حَتَّىٰ يَخُوضُوا۟ فِى حَدِيثٍ غَيْرِهِۦ ﴾[١٧] . ﴿ وَإِذَا جَآءَكَ ٱلَّذِينَ يُؤْمِنُونَ بِـَٔايَـٰتِنَا فَقُلْ سَلَـٰمٌ عَلَيْكُمْ ﴾[١٨] . ﴿ وَإِذَا لَمْ تَأْتِهِم بِـَٔايَةٍ قَالُوا۟ لَوْلَا ٱجْتَبَيْتَهَا ﴾[١٩] . وقال الشَّاعرُ[٢٠] :

قَومٌ إذا الشَّرُّ أبْـدَى نَاجذَيْـه لهمْ ... سَارُوا إليـه زُرَافـاتٍ ووُحْدانَـا

وكذلك أىّ وقتٍ وأىّ زمانٍ ، فإنَّهما يُسْتعمَلانِ للتَّكرارِ ، وسائرُ الحروفِ يُجازَى بها ، إلَّا أنَّها لمَّا كانتْ تُسْتعمَلُ للتَّكْرارِ وغيرِه ، لا تُحْمَلُ على التَّكرارِ إلَّا بدليلٍ ، كذلك متى .

فصل : وهذه الحروفُ إذا تَقَدَّمَ جَزاؤُها عليها ، لم تَحْتَجْ إلى حرفٍ فى الْجَزاءِ ، كقوله : أنتِ طالقٌ إن دخلتِ الدَّارَ . وإن تَأَخَّرَ جَزاؤُها ، احْتاجتْ فى الجزاءِ إلى حرفِ الفاءِ إذا كان جُمْلةً مِن مبتدأٍ وخَبَرٍ ، كقولِه : إن دخلتِ الدَّارَ فأنتِ طالقٌ . وإنَّما اختُصَّتْ بالفاءِ لأنَّها للتَّعْقيبِ ، فتَرْبِطُ بينَ الجزاءِ وشَرْطِه ، وتَدلُّ على تَعْقيبِه به . فإن

---

(١٦) فى ا ، ب ، م : « للتكرر » .

(١٧) سورة الأنعام ٦٨ . ولم يرد فى ب ، م : ﴿ حتى يخوضوا فى حديث غيره ﴾ .

(١٨) سورة الأنعام ٥٤ .

(١٩) سورة الأعراف ٢٠٣ .

(٢٠) هو قريط بن أنيف . والبيت فى الحماسة ١ / ٥٨ .

١٢/٨و قال : إن دَخَلْتِ الدَّارَ أنتِ[٢١] طالقٌ . لم تَطْلُقْ حتى تَدخُلَ . وبه قال / بعضُ الشّافعيَّةِ . وقال محمَّدُ بنُ الحسنِ : تَطْلُقُ فى الحالِ ؛ لأنَّه لم يُعَلِّقْه بِدُخولِ الدَّارِ ، لأنَّه إنَّما يُعلَّقُ[٢٢] بالفاءِ ، وهذه لا فاءَ فيها ، فيكونَ كلامًا مُستأنفًا غيرَ مُعَلَّقٍ بشَرْطٍ ، فيَثْبُتَ حُكمُه فى الحالِ . ولَنا ، أنَّه أتى بحَرْفِ الشَّرْطِ ، فيَدُلُّ ذلك على أنَّه أرادَ التَّعْليقَ به ، وإنَّما حذَفَ الفاءَ وهى مُرادةٌ ، كما يُحذَفُ المبتدأُ تارةً ، ويُحْذَفُ الخبرُ أُخْرَى ، لدَلالةِ باقى الكلامِ على المحذوفِ ، ويَجوزُ أن يَكونَ حَذْفُ الفاءِ على التَّقْديمِ والتَّأْخيرِ ، فكأنَّه أرادَ : أنتِ طالقٌ إن دَخَلْتِ الدَّارَ . فقَدَّمَ الشَّرطَ ، ومُرادُه التَّأخيرُ ، ومَهْما أمْكَنَ حملُ كلامِ العاقلِ على فائدةٍ ، وتَصْحيحُه عَنِ الفسادِ ، وَجَبَ ، وفيما ذكَرْنا تَصحيحُه ، وفيما ذكَرُوه إلْغاؤُه . وإن قال : أردتُ الإيقاعَ فى الحالِ . وقَعَ ؛ لأنَّه يُقِرُّ على نفسِه بما هو أغْلَظُ . وإن قال : أنتِ طالقٌ وإن دخلتِ الدَّارَ . وقعَ الطَّلاقُ فى الحالِ ؛ لأنَّ معناه أنتِ طالقٌ فى كلِّ حالٍ ، ولا يَمنعُ من ذلك دخولُكِ الدَّارَ ، كقَوْلِ النَّبىِّ ﷺ : « مَنْ قَالَ : لَا إِلٰهَ إِلَّا اللهُ دَخَلَ الْجَنَّةَ ، وَإِنْ زَنَى ، وَإِنْ سَرَقَ »[٢٣] . وقال : « صِلْهُمْ وَإِنْ قَطَعُوكَ ، وَأَعْطِهِمْ وَإِنْ حَرَمُوكَ[٢٤] » . وإن قال : أردتُ الشَّرْطَ ، دِينَ . وهل يُقْبَلُ فى الحُكْمِ ؟ يُخَرَّجُ على روايتَيْنِ . فإذا قال : إن دخلْتِ الدَّارَ فأنتِ طالقٌ وإن دَخَلَتِ الأُخْرَى .

---

(٢١) فى ب ، م : « فأنت » .

(٢٢) فى الأصل ، ا : « يتعلق » .

(٢٣) أخرجه البخارى ، فى : باب فى الجنائز ومن كان آخر كلامه لا إله إلا الله ، من كتاب الجنائز ، وفى : باب الثياب البيض ، من كتاب اللباس ، وفى : باب من أجاب بلبيك وسعديك ، من كتاب الاستئذان ، وفى : باب المكثرون هم المقلون ، وباب قول النبى ﷺ : « ما أحب أن لى مثل أحد ذهبا » ، من كتاب الرقاق ، وفى : باب كلام الرب مع جبريل ونداء الله الملائكة ، من كتاب التوحيد . صحيح البخارى ٢ / ٨٩ ، ٩٠ ، ٧ / ١٩٢ ، ١٩٣ ، ٨ / ٧٥ ، ١١٧ ، ١١٨ ، ٩ / ١٧٤ . ومسلم ، فى : باب من مات لا يشرك ... ، من كتاب الإيمان ، وفى : باب الترغيب فى الصدقة ، من كتاب الزكاة . صحيح مسلم ١ / ٩٤ ، ٩٥ ، ٢ / ٦٨٨ ، ٦٨٩ .

كما أخرجه الإمام أحمد ، فى : المسند ٥ / ١٥٢ ، ١٥٩ ، ١٦١ ، ١٦٦ .

(٢٤) فى ا : « منعوك » .

وأخرج نحوه الحاكم ، فى : كتاب البر والصلة . المستدرك ٤ / ١٦٢ . وعبد الرزاق ، فى : باب صلة الرحم ، من كتاب الجامع . المصنف ١١ / ١٧٢ ، ١٧٣ .

فمتى دخلَتِ الأُولَى طَلُقَتْ[٢٥] ، سواءٌ دخَلَتِ الأُخرَى أو لم تَدْخُلْ ، ولا تَطْلُقُ بدُخولِ[٢٦] الأُخرَى . وقال ابنُ الصَّبَّاغ : تَطْلُقُ بدُخولِ كلِّ واحدةٍ منهما . وقد ذكَرْنا أنَّ مُقْتَضَى اللُّغةِ ما قُلْناه . وإن قال : أردتُ جَعْلَ الثَّانى شَرْطًا لطلاقِها أيضًا . طَلُقَتْ بكلِّ واحدٍ منهما ؛ لأنَّه يُقِرُّ على نَفْسِه بما هو أغْلَظُ . وإن قال : أردتُ أنَّ دُخولَ الثَّانيةِ شَرْطٌ لطلاقِ الثَّانيةِ ، فهو على ما أرادَه[٢٧] . وإن قال : أنتِ طالقٌ إن دخلتِ الدَّارَ وإن دَخَلْتِ الأُخرَى . طَلُقَتْ بدُخولِ إحْداهما ؛ لأنَّه عَطَفَ شَرْطًا على شَرْطٍ . فإن قال : أردتُ أنَّ دُخُولَ الثّانيةِ لا[٢٨] يَمنعُ وقوعَ الطّلاقِ . قُبِلَ منه ؛ لأنَّه مُحْتمِلٌ ، وطَلُقَتْ بدُخولِ الأُولَى وحدَها . وإن قال : إن دخَلْتِ الدَّارَ وإن دَخَلَتْ هذه الأُخرَى فأنتِ طالقٌ . فقد قِيلَ : لا تَطْلُقُ إلَّا بدُخولِهما ؛ لأنَّه جَعَلَ طلاقَها جزاءً لهذَيْنِ الشَّرطَيْنِ . ويَحْتَمِلُ أن تَطْلُقَ بأحدِهما[٢٩] أيِّهما كان ؛ لأنَّه ذكَرَ شَرْطَيْنِ بحَرْفينِ ، فيَقْتَضِى كلُّ واحدٍ منهما [٣٠]جَزاءً ، فتَركَ ذِكْرَ[٣٠] جزاءِ الأوَّلِ ، وكان الجزاءُ الآخَرُ دَالًّا عليه ، كما لو قال : ضَرَبْتُ وضَرَبَنِى زيدٌ . قال[٣١] الفَرَزْدَقُ[٣٢] :

ولَكِنَّ نِصْفًا لو سَبَبْتُ وسَبَّنِى ... بَنُو عَبْدِ شَمْسٍ مِنْ قُرَيشٍ وَهَاشِمِ[٣٣]

/ والتَّقديرُ سبَّنى هؤلاء وسَبَبْتُهم . وقال اللهُ تعالى : ﴿ عَنِ ٱلْيَمِينِ وَعَنِ ٱلشِّمَالِ قَعِيدٌ ﴾[٣٤] . أى عن اليَمينِ قَعِيدٌ وعن الشِّمالِ قَعِيدٌ . وإن قال : إن دخلتِ الدَّارَ وأنتِ ١٢/٨ ظ

(٢٥) فى ا زيادة : « وحدها » .
(٢٦) سقط من : ا .
(٢٧) فى ا : « أراد » .
(٢٨) سقط من : ب ، م .
(٢٩) فى ا : « بإحداهما » .
(٣٠ - ٣٠) سقط من : الأصل .
(٣١) فى الأصل : « وقال » .
(٣٢) البيت فى ديوانه ٨٤٤ .
(٣٣) فى الديوان : « ولكن عدلا » . والنصف ، بالكسر : الإنصاف . اللسان (ن ص ف) . وأورد البيت .
(٣٤) سورة ق ١٧ .

طالقٌ. طَلُقَتْ؛ لأنَّ الواوَ ليست للجزاءِ ، وقد تَكونُ للابتداءِ. فإن قال : أردتُ بها الجزاءَ . أو قال : أردتُ أن أجْعلَ دُخولَها فى حالِ كَوْنِها طالِقًا شَرْطًا لِشَىءٍ ، ثم أمْسَكْتُ . دِينَ . وهل يُقبَلُ فى الحُكمِ ؟ يُخَرَّجُ على روايتَيْنِ . وإن جَعلَ لهذا جَزاءً ، فقال : إن دخَلْتِ الدَّارَ وأنتِ طالقٌ فعبْدِى حُرٌّ . صَحَّ ، ولم يَعْتِقِ العبدُ حتى تَدخُلَ الدَّارَ . وهى طالقٌ ؛ لأنَّ الواوَ ههُنا للحالِ ، كقولِ اللهِ تعالى : ﴿ لَا تَقْتُلُواْ ٱلصَّيْدَ وَأَنتُمْ حُرُمٌ ﴾[٣٥] . وقولِه : ﴿ فَقَدْ رَأَيْتُمُوهُ وَأَنتُمْ تَنظُرُونَ ﴾[٣٦] . ولو قال : أنتِ طالقٌ إن دخلتِ الدَّارَ طالِقًا . فدَخلَتْ وهى طالِقٌ ، طَلُقَتْ أُخْرَى ، وإنْ دَخلَتْها غيرَ طالِقٍ ، لم تَطْلُقْ ؛ لأنَّ هذا حالٌ ، فجَرى مَجْرَى قولِه : أنتِ طالقٌ إن دخلتِ الدَّارَ راكبةً . وإن قال : أنتِ طالقٌ لو قُمتِ . كان ذلك شَرْطًا بمنزلَةِ قولِه : إن قُمْتِ . وهذا يُحْكَى عن أبى يوسفَ ، ولأنَّها لو لم تَكُنْ للشَّرطِ كانت لَغْوًا ، والأصلُ اعتبارُ كَلامِ المُكَلَّفِ . وقِيلَ : يَقعُ الطَّلاقُ فى الحالِ . وهذا قولُ بعضِ أصحابِ الشَّافعىِّ ؛ لأنَّها بعدَ الإثباتِ تُسْتعمَلُ لغيرِ المَنْعِ ، كقولِه تعالى : ﴿ وَإِنَّهُ لَقَسَمٌ لَّوْ تَعْلَمُونَ عَظِيمٌ ﴾[٣٧] ، ﴿ وَرَأَوُاْ ٱلْعَذَابَ لَوْ أَنَّهُمْ كَانُواْ يَهْتَدُونَ ﴾[٣٨] . وإن قال : أرَدْتُ أن أجْعلَ لها جوابًا . دِينَ . وهل يُقْبَلُ فى الحُكمِ ؟ يُخَرَّجُ على روايتَيْنِ .

فصل : فإن قال : إن أَكَلْتِ ولَبِسْتِ فأنتِ طالقٌ . لم تَطْلُقْ إلَّا بوُجودِهما جميعًا ، سَواءٌ تَقَدَّمَ الأكلُ أو تأخَّرَ ؛ لأنَّ الواوَ للعطفِ ولا تَقْتضِى ترتيبًا . وإن قال : إن أكلتِ أو لَبِسْتِ فأنتِ طالقٌ . طَلُقَتْ بوُجودِ أحدِهما ؛ لأنَّ أو لأحَدِ الشَّيئينِ . وكذلك إن قال : إن أَكَلْتِ ، أو إن لَبِسْتِ ، أو لا أَكَلْتِ ولا لَبِسْتِ . وإن قال : أنتِ طالقٌ لا أَكَلْتِ ولَبِسْتِ . لم تَطْلُقْ إلَّا بفِعْلِهما ، إلَّا على الرِّوايةِ التى تقول : يَحْنَثُ[٣٩] بفعلِ بعضِ

---

(٣٥) سورة المائدة ٩٥ .

(٣٦) سورة آل عمران ١٤٣ .

(٣٧) سورة الواقعة ٧٦ .

(٣٨) سورة القصص ٦٤ .

(٣٩) فى الأصل : « حنث » .

المحْلوفِ عليه . فإنَّه يَحْنَثُ بأحدِهما هٰهُنا . وإن قال : أنتِ طالقٌ إن أكلتِ فلبِسْتِ ، أو إن أكلْتِ ثم لَبِسْتِ . لم تَطْلُقْ حتى تأكلَ ثم تَلْبَسَ ، لأنَّ الفاءَ وثُمَّ للتَّرتيبِ . وإن قال : أنتِ طالقٌ إنْ أكَلْتِ ، إذا لَبِسْتِ . أو : إن أكَلْتِ متى لَبِسْتِ . أو : إن أكَلْتِ إن لَبِسْتِ . لم تَطْلُقْ حتى تَلْبَسَ ثم تأكلَ ؛ لأنَّ اللَّفظَ اقْتَضى تعْليقَ[40] الطَّلاقِ بالأكْلِ بعدَ اللُّبْسِ ، ويُسمِّيه النَّحْويُّون / اعْتراضَ الشَّرْطِ[41] على الشَّرْطِ[41] ، فيَقْتَضِي تقْديمَ المُتأخِّرِ وتأخيرَ المُتَقَدِّمِ ؛ لأنَّه جعلَ الثَّانىَ فى اللَّفظِ شَرْطًا للذى قبلَه ، والشَّرْطُ يَتقدَّمُ المشْروطَ ، قالَ اللهُ تعالى : ﴿ وَلَا يَنفَعُكُمْ نُصْحِيٓ إِنْ أَرَدتُّ أَنْ أَنصَحَ لَكُمْ إِن كَانَ ٱللَّهُ يُرِيدُ أَن يُغْوِيَكُمْ ﴾[42] . فلو قال لامرأتِه : إن أعطيتُك ، إن وعدتُك ، إن سألْتِينى[43] ، فأنتِ طالقٌ . لم تَطْلُقْ حتى تسْألَه ، ثم يَعِدَها ثم يُعطيَها ؛ لأنَّه شَرَطَ فى العَطِيَّةِ الوَعْدَ ، وفى الوعدِ السُّؤالَ ، فكأنَّه قال : إن سألْتِينى[43] ، فوعَدْتُك ، فأعطيتُك ، فأنتِ طالق . وبهذا قال أبو حنيفةَ ، والشَّافعىُّ . وقال القاضى إذا كان الشَّرْطُ بإذا كقولنا ، وفيما إذا كان بإنْ مثلَ قولِه : إن شربتِ إن أكلتِ . أنَّها تَطْلُقُ بُوجودِهما كيْفما وُجدا ؛ لأنَّ أهلَ العُرْفِ لا يعرفُون ما يقولُه أهلُ العربيَّةِ فى هذا ، فتَعلَّقتِ اليَمينُ بما يَعْرِفُه أهلُ العُرفِ ، بخلافِ ما إذا كان الشَّرْطُ بإذا . والصَّحيحُ الأوَّلُ ، وليس لأهلِ العُرْفِ فى هذا عُرْفٌ ؛ فإنَّ هذا الكلامَ غيرُ مُتَداوَلٍ بينهم ، ولا يَنْطِقُون به إلَّا نادرًا ، فيَجبُ الرُّجوعُ فيه إلى مُقْتَضاه عندَ أهلِ اللِّسانِ[44] ، كسائرِ مسائلِ هذا الفصلِ .

١٣/٨و

فصل : فإن قال : أنتِ طالقٌ أن قُمْتِ . بفتحِ الهمزةِ ، فقال أبو بكرٍ : تَطْلُقُ فى

---

(٤٠) فى الأصل : « تعلق » .

(٤١ - ٤١) سقط من : ب ، م .

(٤٢) سورة هود ٣٤ .

(٤٣) فى ا ، ب ، م : « سألتنى » .

(٤٤) فى ب ، م : « الشأن » .

الحالِ ؛ لأنَّ أن المفتوحةَ ليست للشَّرطِ ، وإنَّما هى للتَّعليلِ ، فمعناه : أنتِ طالقٌ لأنَّكِ قُمتِ ، أو لقيامِك . كقولِ الله تعالى : ﴿ يَمُنُّونَ عَلَيْكَ أَنْ أَسْلَمُوا ﴾[٤٥] . ﴿ وَتَخِرُّ الْجِبَالُ هَدًّا * أَن دَعَوْا لِلرَّحْمَـٰنِ وَلَدًا ﴾[٤٦] . و ﴿ يُخْرِجُونَ الرَّسُولَ وَإِيَّاكُمْ أَن تُؤْمِنُوا بِاللَّهِ رَبِّكُمْ ﴾[٤٧] . وقال القاضى : قياسُ قولِ أحمدَ ، أنَّه إن كان نَحْوِيًّا وقعَ طلاقُه ، وإن لم يَكُنْ نحويًّا فهى للشَّرط ؛ لأنَّ العامِّىَّ لا يُريدُ بذلك إلَّا الشَّرْطَ ، ولا يَعْرِفُ أنَّ مُقْتَضاها التَّعليلُ ، فلا يُريدُه ، فلا يَثْبُتُ له حُكْمُ ما لا يَعْرِفُه ، ولا يُريدُه ، كما لو نَطَقَ بكلمةِ الطَّلاقِ بلسانٍ لا يَعْرِفُه . وحُكِىَ عن ابنِ حامدٍ ، أنَّه قال فى النَّحوىِّ أيضًا : لا يَقَعُ طلاقُه بذلك ، إلَّا أن يَنْوِيَه ؛ لأنَّ الطَّلاقَ يُحْمَلُ على العُرْفِ فى حقِّهما جميعًا . واخْتلَف أصْحابُ الشَّافعىِّ على ثلاثةِ أوْجُهٍ ؛ أحدُها ، يَقَعُ طَلاقُه فى الحالِ . والثَّانى ، يَكونُ شَرْطًا فى حقِّ العامِّىِّ ، وتعْليلًا فى حقِّ النَّحْوىِّ . والثَّالث ، يَقعُ الطَّلاقُ إلَّا أن لا[٤٨] يكونَ من أهلِ الإعرابِ ، فيقول : أردتُ الشَّرْطَ . فيُقْبَلُ ؛ لأنَّه لا يَجوزُ صَرْفُ الكلامِ عمَّا يَقتضيه إلَّا بقَصْدِه . وإن قال : أنتِ طالقٌ إذْ دخَلْتِ الدَّارَ . طَلُقَتْ فى الحالِ ؛ لأنَّ / إذ للماضى . ويَحْتمِلُ أن لا يَقعَ ؛ لأنَّ الطَّلاقَ لا يَقعُ فى زمنٍ ماضٍ ، فأشْبَهَ قولَه : أنتِ طالقٌ أمسِ . ١٣/٨ظ

فصل : وإذا علَّقَ الطَّلاقَ بشَرْطينِ ، لم يَقعْ قبلَ وُجودِهما جميعًا ، فى قولِ عامَّةِ أهلِ العلمِ . وخرَّجَ القاضى وَجْهًا فى وُقوعِه بُوجودِ أحدِهما ، بناءً على إحْدَى الرِّوايتَيْنِ فى مَن حَلَفَ أن لا يَفْعلَ شيئًا ، ففعلَ بعضَه . وهذا بعيدٌ جدا[٤٩] ، يُخالِفُ الأُصُولَ ومُقْتضَى اللُّغةِ والعُرفِ وعامَّةَ أهلِ العلمِ ؛ فإنَّه لا خلافَ بينهم فى المسائلِ التى ذكَرْناها فى الشَّرطَيْنِ

---

(٤٥) سورة الحجرات ١٧ .

(٤٦) سورة مريم ٩٠ ، ٩١ .

(٤٧) سورة الممتحنة ١ .

(٤٨) سقط من : الأصل .

(٤٩) فى ا زيادة : « لأنه » .

جميعًا ، وإذا اتَّفَقَ العلماءُ على أنَّه لا يَقعُ طلاقُه[٥٠] ؛ لإخلالِه بالتَّرتيبِ في الشَّرْطَيْنِ المُرتَّبَيْنِ في مثلِ قولِه : إن أكَلْتِ ثم لَبِسْتِ . فلإخلالِه بالشَّرْطِ كلِّه أوْلى ، ثم يَلْزَمُ على هذا مالو قال : إن أعْطَيْتِني درهمين فأنتِ طالقٌ ، وإذا مضَى شهرانِ فأنتِ طالقٌ . فإنَّه لا خلافَ [٥١]في أنَّها[٥١] لا تَطْلُقُ قبلَ وُجودِهما جميعًا ، وكان قولُه يَقْتَضِي [٥٢]أن يَقعَ[٥٢] الطَّلاقُ بإعطائِه بعضَ[٥٣] درهمٍ ، ومُضِيِّ بعضِ يومٍ ، وأصولُ الشَّرعِ تَشْهدُ بأنَّ الحُكمَ المُعلَّقَ بشَرْطينِ لا يَثْبُتُ إلَّا بهما ، وقد نَصَّ أحمدُ على أنَّه إذا قال : إذا[٥٤] حِضْتِ حَيْضةً فأنتِ طالقٌ . وإذا قال : إذا صُمْتِ يومًا فأنتِ طالقٌ . أنَّها لا تَطْلُقُ حتى تَحِيضَ حَيْضةً كاملةً ، وإذا غابتِ الشَّمسُ مِن اليومِ الذى تَصومُ فيه طَلُقَتْ ، وأمَّا اليَمِينُ ، فإنَّه متى كان في لفظِه أو نِيَّتِه ما يَقتَضِي[٥٥] جميعَ المَحْلوفِ عليه ، لم يَحْنَثْ إلَّا بفِعْلِ جميعِه ، وفي مَسْألتِنا ما يَقْتَضِي تَعْليقَ الطَّلاقِ بالشَّرطينِ معًا ، لتَصْريحِه بهما ، وجَعْلِهما شَرْطًا للطَّلاقِ ، والحُكمُ لا يَثْبُتُ بدونِ شَرْطِه ، على أنَّ اليَمِينَ مُقْتَضاها المنعُ ممَّا حَلَفَ عليه ، فيقْتضِي المنعَ مِن فِعْلِ جميعِه ، لنَهْيِ[٥٦] الشَّارعِ عن شيءٍ يَقْتضِي المنعَ مِن كلِّ جزءٍ منه ، كما يَقْتضِي المنعَ من جُمْلتِه ، وما عُلِّقَ على شَرْطٍ جُعِلَ جَزاءً وحُكمًا له ، والجزاءُ لا يُوجَدُ بدونِ شَرْطِه ، والحُكْمُ لا يَتحقَّقُ قبلَ تمامِ شَرْطِه ، لُغَةً وعُرفًا وشرعًا .

---

(٥٠) في الأصل : « الطلاق » .

(٥١ - ٥١) سقط من : الأصل .

(٥٢ - ٥٢) في ا : « وقوع » .

(٥٣) سقط من : ا ، ب ، م .

(٥٤) في ا ، ب ، م : « إن » .

(٥٥) في ا : « يقضى » .

(٥٦) في الأصل : « النهى » .

فُصُولٌ فى تَعْلِيقِ الطَّلاقِ

إذا قال لامرأتِه : إن حِضْتِ فأنتِ طالقٌ ، فقالت : قد حِضْتُ . فصدَّقَها ، طَلُقَتْ ، وإن كذَّبَها ، ففيه روايتانِ ؛ إحْداهما ، يُقْبَلُ قولُها ؛ لأنَّها أمِينةٌ على نفسِها . وهذا قولُ أبى حنيفةَ ، والشَّافعيِّ . وهو ظاهرُ المذهبِ ؛ لأنَّ اللهَ تعالى قال : ﴿ وَلَا يَحِلُّ لَهُنَّ أَن يَكْتُمْنَ مَا خَلَقَ ٱللَّهُ فِىٓ أَرْحَامِهِنَّ ﴾[1] . قيلَ : هو الحَيْضُ والحَمْلُ . ولولا أنَّ قَوْلَها فيه مقبولٌ ، لَما حَرُمَ عليها كِتْمانُه ، وصار هذا كما قال اللهُ تعالى : ﴿ وَلَا تَكْتُمُواْ ٱلشَّهَـٰدَةَ ﴾[2] . لَمَّا حَرَّمَ / كتمانَها دلَّ على قَبُولِها ، كذا هـٰهُنا . ولأنَّه معنًى فيها لا يُعْرَفُ إلَّا مِن جِهَتِها ، فوجبَ الرُّجوعُ إلى قولِها فيه ، كقَضاءِ عِدَّتِها . والرِّوايةُ الثَّانيةُ ، لا يُقبَلُ قولُها ، ويَختبرُها النِّساءُ ، بإدْخالِ قُطْنَةٍ فى الفَرْجِ فى الزَّمانِ الذى ادَّعَتِ الحَيْضَ فيه ، فإن ظهرَ الدَّمُ فهى حائِضٌ ، وإلَّا فلا . قال أحمدُ ، فى روايةِ مُهَنَّا ، فى رجلٍ قال لامرأتِه : إذا حِضْتِ فأنتِ طالقٌ وعَبْدِى حُرٌّ . فقالت : قد حِضْتُ : يَنْظُرُ إليها النِّساءُ ، فتُعْطَى قُطْنَةً وتُخرِجُها ، فإن خرَجَ الدَّمُ فهى حائضٌ ، تَطْلُقُ ويَعْتِقُ العبدُ . قال أبو بكرٍ : وبهذا أقولُ . وهذا لأنَّ الحَيْضَ يُمْكِنُ التَّوصُّلُ إلى معرفتِه من غيرِها ، فلم يُقْبَلْ فيه مُجَرَّدُ قَوْلِها ، كدُخولِ الدَّارِ . والأوَّلُ المذهبُ ، ولعلَّ أحمدَ إنَّما اعْتبَرَ البَيِّنَةَ فى هذه الرِّوايةِ من أجْلِ عِتْقِ العبدِ ، فإنَّ قولَها إنَّما يُقْبَلُ فى حقِّ نفسِها دونَ غيرِها . وهل يُعْتبَرُ يَمِينُها إذا قُلْنا : القَوْلُ قولُها ؟ على وَجْهينِ ، بِناءً على ما إذا ادَّعَتْ أنَّ زوجَها طَلَّقَها ، فأنكرَها . ولا يُقبَلُ قولُها إلَّا فى حقِّ نفسِها خاصَّةً دُونَ غيرِها ، مِن طلاقِ أُخْرَى ، أو عِتْقِ عبدٍ . نَصَّ عليه أحمدُ ، فى رجلٍ قال لامرأتِه : إذا حِضْتِ فأنتِ طالقٌ وهذه معك .

٨/١٤و

---

(١) سورة البقرة ٢٢٨ .

(٢) سورة البقرة ٢٨٣ .

(٣لامرأته الأُخرَى٣) . قالت : قد حِضْتُ . من ساعتِها أو بعدَ ساعةٍ ، تَطْلُقُ هى ، ولا تَطْلُقُ هذه حتى تَعْلَمَ ؛ لأنَّها مُؤْتَمَنَةٌ على نفسِها ، ولا يُجْعَلُ طلاقُ هذه بيدِها . وهذا مذهبُ الشَّافعيِّ وغيرِه ؛ لأنَّها مُؤْتَمنةٌ فى حقِّ نفسِها دونَ غيرِها ، فصارت كالمُودَعِ يُقْبَلُ قولُه فى الرَّدِّ على المُودِعِ دُونَ غيرِه . ولو قال : قد حِضْتِ . فأنْكرتْ(٤) . طَلُقَتْ بإقْرارِه . فإن قال: إن حِضْتِ فأنتِ وضَرَّتُك طالقتانِ. فقالتْ : قد حِضْتُ. فصدَّقَها ، طَلُقَتَا بإقْرارِه . وإن كذَّبَها ، طَلُقَتْ وحدَها . وإن ادَّعتِ الضَّرَّةُ أنَّها قد(٥) حاضَتْ ، لم يُقْبَلْ ؛ لأنَّ مَعْرفتَها بحَيْضِ غيرِها كمعرفةِ الزَّوجِ به ، وإنَّما اؤْتُمِنَتْ على نفسِها فى حَيْضِها . وإن قال : قد حِضْتِ . فأنكرَتْ ، طَلُقَتَا بإقْرارِه . ولو قال لامرأتَيْه : إن حِضْتُما فأنتُما طالقتانِ . فقالتا : قد حِضْنا . فصدَّقهما ، طَلُقَتَا ، وإن كذَّبَهما ، لم تَطْلُقْ واحدةٌ منهما(٥) ؛ لأنَّ طلاقَ كلِّ واحدةٍ منهما مُعَلَّقٌ على شَرْطينِ ، حَيْضِها ، وحَيْضِ ضَرَّتِها ، ولا يُقبَلُ قولُ ضَرَّتِها عليها ، فلم يُوجَدِ الشَّرْطانِ . وإن صَدَّقَ إحْدَاهما ، وكذَّبَ الأُخرَى ، طَلُقَتِ المُكذَّبَةُ وَحْدَها ؛ لأنَّ قولَها مقبولٌ فى حقِّها . وقد صدَّقَ الزَّوجُ ضَرَّتَها ، فوُجِدَ الشَّرْطانِ فى طَلاقِها ، ولم تَطْلُقِ المُصَدَّقَةُ ؛ لأنَّ قولَ ضَرَّتِها غيرُ مَقْبولٍ فى حقِّها / ، وما صدَّقَها الزَّوجُ ، فلم يُوجَدْ شَرْطُ طلاقِها . ٨/١٤ظ

فصل : فإن قال لأرْبعٍ : إن حِضْتُنَّ فأنتُنَّ طَوالِقُ . فقُلْنَ : قد حِضْنا . فصدَّقَهنّ ، طَلُقْنَ . وإن كذَّبَهُنَّ ، لم تَطْلُقْ واحدةٌ منهنَّ ؛ لأنَّ شَرْطَ طلاقِهنَّ حَيْضُ الأرْبعِ ، ولم يُوجَدْ . وإن صدَّقَ واحدةً أو اثنتَيْنِ ، لم تَطْلُقْ واحدةٌ منهنَّ ؛ لأنَّه لم يُوجَدِ الشَّرْطُ . وإن صدَّقَ ثلاثًا ، طَلُقَتِ المُكَذَّبَةُ وحدَها ؛ لأنَّ قولَها مقبولٌ فى حَيْضِها ، وقد صدَّقَ الزَّوجُ صَواحبَها ، فوُجِدَ حَيْضُ الأرْبعِ فى حقِّها ، فطَلُقَتْ ، ولا يَطْلُقُ المُصَدَّقاتُ ؛ لأنَّ قولَ المُكَذَّبةِ غيرُ مَقْبولٍ فى حقِّهنّ .

(٣-٣) فى الأصل ، ب : « لامرأة أخرى » .

(٤) فى ا ، م : « فأنكرته » .

(٥) سقط من : م .

فصل : وإن قال لهنَّ : كلَّما حاضَتْ إحْداكُنَّ ، أو أيَّتُكنَّ حاضَتْ ، فضَرَّاتُها طَوالِقُ . فقُلْنَ : قد حِضْنا ، فصدَّقَهنَّ ، طَلُقَتْ كلُّ واحدةٍ منهن ثلاثًا ثلاثًا . وإن كذَّبَهنَّ ، لم تَطْلُقْ واحدةٌ منهنَّ . وإن صدَّق واحدةً ، طَلُقَتْ كلُّ واحدةٍ من ضَرائِرِها طلقةً طلقةً ، ولم تَطْلُقْ هي ؛ لأنَّه لم يَثْبُتْ حَيْضُ ضَرَّةٍ لها . وإن صدَّقَ اثنتَيْنِ ، طَلُقَتْ كلُّ واحدةٍ من المُصَدَّقَتَيْنِ[٦] طلقةً طلقةً ؛ لأنَّ لكلِّ واحدةٍ منهما ضَرَّةً مُصَدَّقَةً ، وطَلُقَتْ كلُّ واحدةٍ من المُكَذَّبَتَينِ طَلْقتَيْنِ طلقتينِ . وإن صدَّقَ ثلاثًا ، طَلُقَتِ المُكَذَّبَةُ ثلاثًا ، وطَلُقَتْ كلُّ واحدةٍ من المُصَدَّقاتِ طَلْقتَيْنِ طلقتينِ .

فصل : إذا قال لطاهرٍ : إذا حِضْتِ فأنتِ طالقٌ . فرأَتِ الدَّمَ فى وقتٍ يُمْكِنُ أن يكونَ حَيْضًا ، حَكَمْنا بوُقوعِ الطَّلاقِ ، كما يُحْكَمُ بكَوْنِه حَيْضًا فى المَنْعِ مِنَ الصَّلاةِ وغيرِها ممَّا يَمْنَعُ منه[٧] الحيضُ . وإن بانَ أنَّه ليس بحَيْضٍ ، لانقطاعِه لدُونِ أقلِّ الحَيْضِ ، بانَ أنَّ الطَّلاقَ لم يَقَعْ . وبهذا قال الثَّوْرِيُّ ، والشَّافعىُّ ، وأصحابُ الرَّأْيِ . قال ابنُ المُنْذِرِ : لا نَعلمُ أحدًا قال غيرَ ذلك إلَّا مالكًا ، فإنَّ ابنَ القاسمِ روَى عنه ، أنَّه يَحْنَثُ حينَ تَكَلَّمَ به . وقد سَبَقَ الكلامُ معه فى هذا . وإن قال لحائضٍ : إذا حِضْتِ فأنتِ طالقٌ ، لم تَطْلُقْ حتى تَطْهُرَ ثم تَحيضَ . ولو قال لطاهرٍ : إذا طَهُرْتِ[٨] فأنتِ طالقٌ . لم تَطْلُقْ حتى تَحِيضَ ثم تَطْهُرَ . وهذا يُحْكَى عن أبى يوسفَ . وقال بعضُ أصحابِ الشَّافعىِّ : الذى يَقْتَضيه مذهبُ الشَّافعىِّ أنَّها تَطْلُقُ بما يَتَجَدَّدُ مِن حَيْضِها وطُهرِها فى المسْألتينِ ؛ لأنَّه قد وُجِدَ منها الحَيْضُ والطُّهرُ ، فوَقَعَ الطَّلاقُ لوُجودِ صفتِه . ولنا ، أنَّ إذا اسمُ زمنٍ مُستَقْبَلٍ ، يَقْتَضِى فعلًا مُستَقْبَلًا ، وهذا الحيضُ والطُّهرُ مُسْتَدامٌ غيرُ مُتَجَدِّدٍ ، ولا يُفْهَمُ من إطْلاقِ : حاضَتِ المرأةُ وطَهُرَتْ . / إلَّا ابتداءُ ذلك ، فتَعلَّقَتِ الصِّفَةُ به . ولو قال لطاهرٍ : إذا حِضْتِ حَيْضةً فأنتِ طالقٌ . لم تَطْلُقْ حتى تَحِيضَ ثم تَطهُرَ . نَصَّ عليه أحمدُ ؛ لأنَّه لا تُوجَدُ حَيْضةٌ كاملةٌ إلَّا بذلك . ولو[٩] قال

٨/١٥و

---

(٦) فى ا ، ب ، م : « المصدقين » .

(٧) فى ب ، م : « من » .

(٨) فى الأصل ، ب ، م : « تطهرت » .

(٩) فى ب : « وإن » .

لحائض : إذا طَهُرْتِ فأنتِ طالقٌ . طَلُقَتْ بأوَّلِ الطُّهرِ ، وتَطْلُقُ فى المَوْضِعَينِ بانْقطاعِ دمِ الحَيْضِ قبلَ الغُسْلِ . نَصَّ عليه أحمدُ ، فى روايةِ إبراهيم الحَرْبِىِّ . وذكر أبو بكرٍ ، فى « التَّنْبيهِ » فيها قولًا ، أنَّها لا تَطْلُقُ حتى تَغتسِلَ ، بناءً على أنَّ العِدَّةَ لا تَنْقضِى بانْقطاعِ الدَّمِ حتى تَغتسِلَ . ولَنا ، أنَّ اللهَ تعالى قال : ﴿ وَلَا تَقْرَبُوهُنَّ حَتَّىٰ يَطْهُرْنَ ﴾[10] . أى : ينقطعَ دَمُهنَّ ، ﴿ فَإِذَا تَطَهَّرْنَ ﴾[10] . أى : اغْتسَلْنَ . ولأنَّه قد ثَبَتَ لها أحكامُ الطَّاهراتِ فى وُجوبِ الصَّلاةِ وصِحَّةِ الطَّهارةِ والصِّيامِ ، وإنَّما بَقِىَ بعضُ الأحكامِ موقوفًا على وُجودِ الغُسْلِ ، ولأنَّها ليستْ حائضًا فيَلْزَمُ أن تكونَ طاهرًا ؛ لأنَّهما ضِدَّانِ على التَّعْيينِ ، فيَلْزمُ[11] من انتفاءِ أحدِهما وُجودُ[11] الآخرِ .

فصل : فإن قال لها : إذا حِضْتِ حَيْضةً فأنتِ طالقٌ ، وإذا حِضْتِ حَيْضتَيْنِ فأنتِ طالقٌ . فحاضت حَيْضةً ، طَلُقَتْ واحدةً ، فإذا حاضتِ الثَّانيةَ ، طَلُقَتْ الثَّانيةَ عندَ طُهرِها منها . وإن قال إذا حِضْتِ حَيْضةً فأنتِ طالقٌ ، ثم إذا حِضْتِ حَيْضتَيْنِ فأنتِ طالقٌ . لم تَطْلُقْ الثَّانيةَ حتى تَطهُرَ مِنَ الحَيْضةِ الثالثةِ ؛ لأنَّ ثُمَّ للتَّرْتيبِ ، فتَقْتضِى حَيْضتَيْنِ بعدَ الطَّلْقةِ الأُولَى ، لكَوْنِهما مُرَتَّبَتَيْنِ عليها .

فصل : فإن قال : إذا حِضْتِ نصفَ حَيْضةٍ فأنتِ طالقٌ . طَلُقَتْ إذا ذهبَ نصفُ الحَيْضةِ ، ويَنْبغِى أن يُحْكَمَ بوُقوعِ الطَّلاقِ إذا حاضَتْ نصفَ عادتِها ، لأنَّ الأحكامَ تَعَلَّقَتْ بالعادةِ ، فيَتعلَّقُ بها وقوعُ الطَّلاقِ . ويَحْتمِلُ أنَّه لا يُحْكَمُ بوقوعِ الطَّلاقِ حتى يَمْضِىَ سبعةُ أيَّامٍ ونصفٌ ؛ لأنَّنا لا نَتيَقَّنُ مُضِىَّ نصفِ الحَيْضةِ إلَّا بذلك ، إلَّا أن تَطْهُرَ لأقلَّ من ذلك ، ومتى طَهُرَتْ تَبَيَّنَّا وُقوعَ الطَّلاقِ فى نصفِ الحَيْضةِ . وقيل : يَلْغُو قولُه : نصفُ حيضةٍ . ويَبْقَى طلاقُها مُعَلَّقًا[12] بوُجودِ الحَيْضِ . والأوَّلُ أصحُّ ؛ فإنَّ

---

(١٠) سورة البقرة ٢٢٢ .

(١١ - ١١) فى الأصل : « وجود أحدهما انتفاء » . وهما بمعنى .

(١٢) فى الأصل : « متعلقا » .

الحَيْضَ له مُدَّةٌ ، أقلُّها يومٌ وليلةٌ ، وله نصفٌ حقيقةً ، والجهلُ بقَدْرِ ذلك لا يَمْنَعُ وُجودَه ، وتَعَلُّقَ الحُكْمِ به ، كالحَمْلِ .

فصل : وإن قال لامرأتَيْه : إذا[١٣] حِضْتُما حَيْضةً واحدةً ، فأنتُما طالقتانِ . لم تَطْلُقْ واحدةٌ منهما حتى تَحِيضَ كلُّ واحدةٍ منهما حَيْضةً واحدةً ، ويَكونُ التَّقديرُ : إن حاضَتْ / كلُّ واحدةٍ منكما حَيْضةً واحدةً ، فأنتُما طالقتانِ . كقولِ اللهِ تعالى : ﴿ فَٱجْلِدُوهُمْ ثَمَـٰنِينَ جَلْدَةً ﴾[١٤] . أى : اجْلِدُوا كلَّ واحدٍ منهم ثمانينَ[١٥] . ويَحْتمِلُ أن يَتَعلَّقَ الطَّلاقُ بحَيْضِ إحْداهما حيضةً ؛ لأنَّه لمَّا تَعذَّرَ وُجودُ الفعلِ منهما ، وَجَبَتْ إضافتُه إلى إحْداهما ، كقولِه تعالى : ﴿ يَخْرُجُ مِنْهُمَا ٱللُّؤْلُؤُ وَٱلْمَرْجَانُ ﴾[١٦] . وإنَّما يَخرجُ مِن أحدِهما . وقال القاضى : يَلْغُو قولُه : حيضة واحدة ؛ لأنَّ حَيْضةً واحدةً من امْرأتَيْنِ مُحالٌ ، فيَبْقَى كأنَّه قال : إن حِضْتُما فأنتُما طالقتانِ . وهذا أحدُ الوَجْهينِ لأصْحابِ الشَّافعيِّ ، والوجهُ الآخرُ[١٧] ، لا تَنْعقِدُ هذه الصِّفَةُ ؛ لأنَّها مُسْتحيلةٌ ، فتَصيرُ كتَعْليقِ الطَّلاقِ بالمُسْتحيلاتِ . والوجهُ الأوَّلُ أوْلَى ؛ لأنَّ فيه تَصْحيحَ كلامِ المُكَلَّفِ بحَمْلِه على مَحْمَلٍ سائغٍ ، وتَبْعيدًا[١٨] لوُقوعِ الطَّلاقِ ، واليقينُ بَقاءُ النِّكاحِ ، فلا يَزولُ حتى يُوجَدَ ما يَقَعُ به الطَّلاقُ يقينًا ، وغيرُ هذا الوجهِ لا يَحْصُلُ به اليقينُ . فإن أرادَ بكلامِه أحدَ هذه الوُجوهِ ، حُمِلَ عليه ، وإذا ادَّعى ذلك ، قُبِلَ منه . وإذا قال : أردتُ أن تكونَ الحَيْضةُ الواحدةُ منهما ، فهوتَعْليقٌ للطَّلاقِ[١٩] بمُسْتحيلٍ ، فيَحْتمِلُ أن يَلْغُوَ قولُه : حيضةً . ويَحتمِلُ أن لا يَقعَ الطَّلاقُ ؛ لأنَّ هذه الصِّفَةَ لا تُوجَدُ ، فلا يُوجَدُ ما

٨/١٥ظ

---

(١٣) فى الأصل ، ا : « إن » .

(١٤) سورة النور ٤ .

(١٥) فى ب زيادة : « جلدة » .

(١٦) سورة الرحمن ٢٢ .

(١٧) فى ب : « الثانى » .

(١٨) فى النسخ : « وتبعيد » .

(١٩) فى ا ، ب ، م : « الطلاق » .

عُلِّقَ عليها ، ويَحْتمِلُ أن يَقعَ الطلاقُ[20] فى الحالِ ، ويَلْغُوَ الشَّرْطُ ، بِناءً على ما ذكَرْناه فى تَعْليقِ الطَّلاقِ على المُسْتحيلِ .

فصل : وإذا كان له أربعُ نِسْوةٍ ، فقال : أيَّتُكنَّ لم أطَأْها ، فضَرَائِرُها طوالقُ . وقيَّدَه بوقتٍ ، فمَضَى الوقتُ ولم يَطأْهُنَّ ، طَلُقْنَ ثلاثًا ثلاثًا ؛ لأنَّ لكلِّ واحدةٍ ثلاثَ ضَرائرَ غيرَ مَوطُوءاتٍ . وإن وَطِئَ ثلاثًا وتركَ واحدةً ، لم تَطْلُقِ المتْروكةُ ؛ لأنَّها ليستْ لها ضَرَّةٌ[21] غيرُ مَوْطُوءةٍ ، وتَطْلُقُ كلُّ واحدةٍ من المَوْطوءاتِ طلقةً طلقةً . وإن وَطِئَ اثنتَيْنِ طَلُقَتا طَلْقتينِ طلقتينِ ، وطَلُقَتِ المتْرُوكتانِ طلقةً طلقةً . وإن وَطِئَ واحدةً طَلُقَتْ ثلاثًا ، وطَلُقَتْ كلُّ واحدةٍ من المتْرُوكاتِ طلقتينِ طلقتينِ . وإن لم يُقَيِّدْهُ بوقتٍ ، كان وقتُ الطَّلاقِ مُقَيَّدًا بعُمْرِه وعُمْرِهنَّ[22] ، فأيَّتُهنّ ماتتْ طَلُقَتْ[23] كلُّ واحدةٍ مِنْ ضرائرِها طلقةً طلقةً ، وإذا ماتت أُخرَى فكذلك ، وإن مات هو طَلُقْنَ كلُّهنَّ فى آخرِ جُزْءٍ من حياتِه .

فصل : فإن قال : إن لم تَكُونِى حاملًا فأنتِ طالقٌ . ولم تكن حاملًا ، طَلُقَتْ . وإن أتتْ بولدٍ لأقلَّ من ستّةِ أشْهُرٍ من حينِ اليَمينِ ، أو لأقلَّ مِن أربعِ سِنينَ ، ولم يَكُنْ يَطأُها ، لم تَطْلُقْ ؛ لأنَّا تَبيَّنَّا أنَّها كانت حاملًا / بذلك الولدِ . وإن مَضتْ أربعُ سنينَ ولم تَلِدْ ، تَبَيَّنَّا أنَّها طَلُقَتْ حِينَ عَقْدِ اليَمينِ . وإن كان يطأُها ، وأتتْ بولدٍ لأكثرَ مِنْ سِتَّةِ أشهُرٍ وأقلَّ من أربعِ سِنينَ ، نَظَرْتَ ؛ فإن ظهرَتْ علاماتُ الحَمْلِ ، من انْقطاعِ الحَيْضِ ونحوِه ، قبلَ وَطْئِه ، أو قريبًا منه ، بحيثُ [24]لا يَحْتمِلُ[24] أن يَكونَ من الوَطْءِ الثّانى ، لم تَطْلُقْ . وإن حاضَتْ أو وُجِدَ ما يَدلُّ على بَراءتِها من الحَمْلِ ، طَلُقَتْ . وإن لم يَظْهَرْ ذلك ، واحْتمَلَ

١٦/٨ و

---

(٢٠) سقط من : ا ، م .

(٢١) فى ب ، م : « خبرة » تحريف .

(٢٢) فى ب : « وعمرها » .

(٢٣) فى الأصل : « طلق » .

(٢٤-٢٤) سقط من : ا .

أن يَكونَ من الثَّانى ، ففيه وَجْهانِ ؛ أحدُهما ، تَطْلُقُ ؛ لأنَّ الأصلَ عدمُ الحَمْلِ[25] قبلَ الوَطْءِ . والثَّانى ، لا تَطْلُقُ ؛ لأنَّ اليَقينَ بقاءُ النِّكاحِ ، فلا يَزولُ بِشَكٍّ واحْتِمالٍ ، ولا يَجوزُ للزَّوْجِ وَطؤُها قبلَ الاسْتِبْراءِ ؛ لأنَّ الأصلَ عدمُ الحَمْلِ ووُقوعُ الطَّلاقِ ، والاسْتِبْراءُ[26] هـٰهُنا بحَيْضةٍ ، فإن وُجِدَتِ الحَيْضةُ على عادتِها ، تَبيَّنَّا وُقوعَ طلاقِها[27] ، وإن لم تَأْتِ فى عادتِها ، كان ذلك دليلًا على حَمْلِها وحِلِّ وَطْئِها . وإن قال : إن كُنتِ حاملًا فأنتِ طالقٌ . فهى عَكْسُ المسألةِ التى قبلَها ، ففى الموضعِ الذى يَقَعُ الطَّلاقُ ثَمَّ لا يَقَعُ هـٰهُنا ، وفى الموضعِ الذى لا يَقَعُ ثَمَّ يَقَعُ هـٰهُنا ، إلَّا أنَّها إذا أتتْ بولدٍ لأكثرَ من سِتَّةِ أشهُرٍ ، من حينِ وَطْءِ الزَّوجِ بعدَ اليمينِ ، ولأقلَّ من أربعِ سِنينَ من حينِ عَقْدِ الصِّفَةِ ، لم تَطْلُقْ ؛ لأنَّ تَعيُّنَ النِّكاحِ باقٍ ، والظَّاهرُ حدوثُ الولدِ من الوطءِ ؛ لأنّ الأصلَ عَدَمُه قبلَه . ولا يَحِلُّ له الوَطْءُ حتى يَسْتَبْرِئَها . نَصَّ عليه أحمدُ . قال القاضى : يَحْرُمُ الوَطْءُ ، سواءٌ قُلْنا : الرَّجْعِيَّةُ مُباحةٌ أو مُحَرَّمةٌ ؛ لأنَّه يَمْنعُ المعرفةَ بوُقوعِ الطَّلاقِ وعَدَمِه . وقال أبو الخطَّابِ : فيه روايةٌ أُخْرَى ، لا يَحْرُمُ الوَطْءُ ؛ لأنَّ الأصْلَ بقاءُ النِّكاحِ ، وبَراءةُ الرَّحِمِ مِنَ الحَمْلِ . وإذا اسْتَبْرأها ، حَلَّ وَطْؤُها على الرِّوايتَيْنِ . ويكونُ الاسْتِبْراءُ بحَيْضةٍ . قال أحمدُ ، فى روايةِ أبى طالبٍ : إذا قال لامرأتِه : متى حَمَلْتِ فأنتِ طالقٌ . لا يَقْرَبُها حتى تَحِيضَ ، فإذا طَهُرَتْ وَطِئَها ، فإن تَأَخَّرَ حَيْضُها أُرِيَتِ النِّساءَ مِن أهلِ المعرفةِ ، فإن لم يُوجَدْنَ أو خَفِىَ عَلَيْهِنَّ ، انْتَظَرَ عليها تسعةَ أشهُرٍ غالبَ مُدَّةِ الحَمْلِ . وذكَرَ القاضى فيها روايةً أُخْرَى ، أنَّها تُسْتَبْرَأُ بثلاثةِ قُرُوءٍ[28] ؛ لأنَّه[29] اسْتِبْراءُ الحُرَّةِ[30] . وهو أحدُ الوَجْهينِ لأصْحابِ الشّافعىِّ . والصَّحيحُ ما ذكَرْناه ؛ لأنَّ المقصودَ معرفةُ بَراءةِ

---

(25) فى الأصل ، ب : « الولد » .

(26) فى ب ، م : « وإلا استبرأها » .

(27) فى ا : « الطلاق » .

(28) فى ب ، م : « أقراء » .

(29) فى ا ، م : « ولأنه » .

(30) فى الأصل : « لحرة » .

رَحِمِها ، وقد حَصَلَ بحَيْضةٍ ، ولهذا قال عليه السَّلامُ : « لَا تُوطَأُ حَامِلٌ حَتَّى تَضَعَ ، وَلَا حَائِلٌ حَتَّى تُسْتَبْرَأَ بِحَيْضَةٍ »[٣١] . يعنى : تُعلَمَ بَراءتُها بحَيْضةٍ ، ولأنَّ ما يُعْلَمُ به الْبَراءةُ / فى حقِّ الأَمَةِ والحُرَّةِ واحدٌ ؛ لأنَّه أمرٌ حقيقىٌّ لا يَختلِفُ بالحُرِّيَّةِ والرِّقِّ . وأمَّا العِدَّةُ ، ففيها نوعُ تَعَبُّدٍ لا يَجوزُ أن يُعَدَّى بالْقياسِ . وهل تَعْتَدُّ[٣٢] بالاسْتِبْراءِ قبلَ عَقْدِ اليَمِينِ ، أو بالحَيْضةِ التى حَلَفَ فيها ؟ على وَجْهينِ ، أصحُّهما الاعْتِدادُ به ؛ لأنَّه يَحصُلُ به ما يَحصُلُ بالاسْتِبْراءِ بعدَ اليَمِينِ . والثَّانى ، لا يُعْتَدُّ به ؛ لأنَّ الاسْتِبْراءَ لا يَتقدَّمُ على سَبَبِه ، ولأنَّه لا يُعْتَدُّ به فى اسْتِبْراءِ الأَمَةِ[٣٣] . قال أحمدُ ، إذا قال لامرأتِه : إذا حَبِلْتِ فأنتِ طالقٌ . يطأُها فى كلِّ طُهْرٍ مرَّةً . يعنى إذا حاضَتْ ثم طَهُرَتْ حلَّ وَطْؤُها ؛ لأنَّ الحيضَ عَلَمٌ على بَراءتِها مِنَ الحَمْلِ ، ووَطْؤُها سببٌ له ، فإذا وَطِئَها اعْتزَلَها ، لاحْتمالِ أن تكونَ قد حَمَلَتْ مِن وَطْئِه ، فطَلُقَتْ به .

فصل : إذا قال : إن كنتِ حامِلًا بغُلامٍ فأنتِ طالقٌ واحدةً ، وإن وَلَدْتِ أُنْثَى فأنتِ طالقٌ اثنتَيْنِ . فوَلَدَتْ غُلامًا ، كانت حامِلًا به وقتَ اليمينِ . تَبيَّنَّا أنَّها طَلُقَتْ واحدةً حِينَ حَلَفَ ، وانقضَتْ عِدَّتُها بوَضْعِه . وإن وَلَدَتْ أُنْثَى ، طَلُقَتْ بولادتِها طَلْقتينِ ، واعْتدَّتْ بالقُرُوءِ . وإن وَلَدَتْ غلامًا وجاريةً ، وكان الغلامُ أوَّلَهما ولادةً ، تَبيَّنَّا أنَّها طَلُقَتْ واحدةً ، وبانَتْ بوضعِ الجاريةِ ، ولم تَطْلُقْ بها ، وإن كانتِ الجاريةُ أوَّلَهما ولادةً ، طَلُقَتْ ثلاثًا ؛ واحدةً بحَمْلِ الغلامِ ، واثنتَيْنِ بولادةِ الجاريةِ ، وانْقَضَتْ عِدَّتُها بوَضْعِ الغلامِ . وإن قال لها : إن كنتِ حامِلًا بغلامٍ فأنتِ طالقٌ واحدةً ، وإن كنتِ حاملًا بجاريةٍ ، فأنتِ طالقٌ اثنتَيْنِ . فوَلَدَتْ غلامًا وجاريةً ، طَلُقَتْ ثلاثًا . وإن قال : إن كان حَمْلُكِ غلامًا فأنتِ طالقٌ واحدةً ، وإن كان حَمْلُكِ جاريةً فأنتِ طالقٌ اثنتَيْنِ . فوَلَدَتْ غلامًا وجاريةً ، لم تَطْلُقْ ؛ لأنَّ حَمْلَها كلَّه ليس بغلامٍ ولا هو جاريةٌ . ذكَره القاضى ، فى

---

(٣١) تقدم تخريجه فى : ٩ / ٥٥٣ .

(٣٢) فى م : « تعتدا » .

(٣٣) فى الأصل : « المملوكة » .

« المُجَرَّدِ » ، وأبو الخطَّابِ . وبه قال الشَّافعىُّ ، وأبو ثورٍ ، وأصْحابُ الرَّأْىِ . وقال : القاضى ، فى « الجامع » : فى وقوعِ الطَّلاقِ وَجْهانِ ؛ بناءً على الرِّوايتَيْنِ فى مَن حَلَفَ : لا لَبِسْتُ ثوبًا مِن غَزْلِها . فَلبِسَ ثوبًا فيه[٣٤] مِن غَزْلِها .

فصل : فإن قال : كلَّما وَلَدْتِ ولدًا فأنتِ طالقٌ . فوَلَدَتْ ثلاثًا ، دَفْعَةً واحدةً ، طَلُقَتْ ثلاثًا ؛ لأنَّ صفةَ الثَّلاثِ وُجِدَتْ وهى زوجةٌ . وإن وَلَدَتْهم فى دَفعاتٍ من حَمْلٍ واحِدٍ ، طَلُقَتْ بالأوَّلَيْنِ ، وبانَتْ بالثَّالثِ[٣٥] ، ولم تَطْلُقْ . ذكَره أبو بكرٍ . وهو قولُ الشّافعىِّ ، وأصْحابُ الرَّأْىِ . وحُكِىَ عن ابنِ حامدٍ أنَّها تَطْلُقُ ؛ لأنَّ زمانَ البَيْنونةِ زمنُ الوُقوعِ ، ولا تَنافِىَ بينَهما . ولنا ، أنَّ العِدَّةَ انقضَتْ بوضْعِ الحَمْلِ ، / فصادفَها الطَّلاقُ بائنًا ولم يَقَعْ ، كما لو قال : إذا مِتُّ فأنتِ طالقٌ . وقد نصَّ أحمدُ ، فى من قال : أنت طالِقٌ[٣٦] مع مَوْتِى . أنَّها لا تَطْلُقُ . فهذا أوْلَى . وإن قال : إن وَلَدْتِ ذكرًا فأنتِ طالقٌ واحدةً ، وإن وَلَدْتِ أُنْثَى فأنتِ طالقٌ اثنتَيْنِ . فوَلَدَتْهما دَفْعَةً واحدةً ، طَلُقَتْ ثلاثًا . وإن وَلَدَتْهما فى دَفعتَينِ ، وقَعَ بالأوَّلِ ما عُلِّقَ عليه ، وبانتْ بالثَّانى ، ولم يَقَعْ به شىءٌ ، إلَّا على قولِ ابنِ حامدٍ . فإن أشْكَلَ الأوَّلُ منهما ، أو كَيْفِيَّةُ وَضْعِهما ، طَلُقَتْ واحدةً بيَقِينٍ ، ولا تَلْزمُه الثَّانيةُ ، والوَرَعُ أن يَلْتزِمَها . وهذا قولُ الشَّافعىِّ ، وأصْحابِ الرَّأْىِ . وقال القاضى : قياسُ المذهبِ أن يُقْرَعَ بينَهما . وإن قال : إن كان أوَّلُ ما تَلِدِينَ ذكرًا فأنتِ طالقٌ واحدةً ، وإن كان أُنْثَى فأنتِ طالقٌ اثنتَيْنِ . فوَلَدَتْهما دَفعَةً واحدةً ، لم يَقَعْ بها شىءٌ ؛ لأنَّه لا أوَّلَ فيهما ، فلم تُوجَدِ الصِّفَةُ . وإن وَلَدَتْهما فى دَفْعتَيْنِ ، وقَعَ بالأوَّلِ ما عُلِّقَ عليه ، ولم يَقَعْ بالثَّانى شىءٌ .

١٧/٨ و

فصل : فإن كان له أَرْبعُ نِسْوةٍ ، فقال : كلَّما وَلَدتْ واحدةٌ مِنكُنَّ ، فضَرائِرُها

---

(٣٤) سقط من : ب .

(٣٥) فى م : « بالثلاث » .

(٣٦) فى م : « طلق » .

طوالقُ . فوَلَدْنَ دَفْعَةً واحدةً ، طَلُقْنَ كلُّهنَّ ثلاثًا ثلاثًا . وإن وَلَدْنَ فى دُفعاتٍ ، وقَعَ بضرائرِ الأُولَى[37] طلقةٌ طلقةٌ ، فإذا وَلَدَتِ الثَّانية بانتْ بوَضْعِه ، ولم تَطْلُقْ . وهل يَطْلُقُ سائرُهنَّ ؟ فيه احْتِمالانِ ؛ أحدُهما ، لا يَقَعُ بهنَّ طلاقٌ ؛ لأنَّها لمَّا انقضَتْ عِدَّتُها بانَتْ ، فلم يَبْقَيْنَ ضَرائرَها[38] ، والزَّوجُ إنما علَّقَ على ولادتِها طلاقَ ضَرائرِها . والوَجْهُ الثَّانى ، يَقَعُ بكلِّ واحدةٍ طَلْقةٌ ؛ لأنَّهنَّ ضَرائرُها فى حالِ وِلَادتِها . فعلى هذا يَقَعُ بكلِّ واحدةٍ مِنَ اللَّتَيْنِ لم يَلِدْنَ طَلْقتانِ طلقتانِ ، وتَبِينُ هذه ، وتَقعُ بالوالدةِ الأُولى طلقةٌ ، فإذا وَلَدَتِ الثالثةُ[39] بانَتْ . وفى وقوعِ الطَّلاقِ بالباقيتَيْنِ وَجْهانِ ؛ فإذا قُلْنا : يَقعُ بهنَّ . طَلُقَتِ الرَّابعةُ ثلاثًا ، والأُولى[40] طَلْقتينِ ، وبانتِ الثَّانيةُ والثَّالثةُ ، وليس فيهنَّ مَنْ له رَجْعتُها إلَّا الأُولَى ، ما لم تَنْقَضِ عِدَّتُها ، وإذا وَلَدَتِ الرَّابعةُ لم تَطْلُقْ واحدةٌ مِنهنَّ ، وتَنْقَضِى عِدَّتُها بذلك . وإن قال : كلَّما وَلَدَتْ واحدةٌ مِنكُنَّ ، فسائرُكنَّ طَوالِقُ . أو : فبَاقِيكُنَّ طَوالِقُ . فكلَّما وَلَدَتْ واحدةٌ ، وقَعَ بباقيهِنَّ طلقةٌ طلقةٌ ، وتَبِينُ الوالدةُ بوضعِ وَلَدِها إلَّا الأُولَى . والفرقُ بينَ هذه وبينَ التى قبلَها ، أنَّ الثَّانيةَ والثَّالثة يَقعُ الطَّلاقُ بباقيهِنَّ بولادتِهما[41] هٰهُنا ، وفى الأُولَى لا يَقَعُ ؛ لأنَّهُنَّ لم يَبْقَيْنَ ضَرائرَها ، وهٰهُنا لم يُعلِّقْه بذلك . وإن قال : كلَّما وَلَدَتْ واحدةٌ مِنكُنَّ فأنْتُنَّ طَوالِقُ . فكذلك ، إلَّا أنَّه يَقعُ على الأُولَى طلقةٌ بولادتِها ، / فإن كانتِ الثَّانيةُ حاملًا باثْنَيْنِ ، فوضَعتِ الأوَّلَ[42] منهما ، وقعَ بكلِّ واحدةٍ من ضَرائرِها طَلْقةٌ فى المسائلِ كلِّها ، ووقعَ بها طلقةٌ فى المسألةِ الثَّالثةِ . وإذا وضَعتِ الثَّالثةُ ، أو كانتْ حاملًا باثنَيْنِ ، فكذلك ، فتَطْلُقُ الرَّابعةُ ثلاثًا ، وتَطْلُقُ كُلُّ واحدةٍ من الوالداتِ طَلْقتينِ طلقتينِ ، فى المسْألتينِ الأُولَيينِ ، وثلاثًا ثلاثًا ، فى

١٧/٨ ظ

(٣٧) فى الأصل ، م : « الأول » .

(٣٨) فى ا ، ب : « ضرائر لها » .

(٣٩) فى الأصل ، م : « الثانية » .

(٤٠) فى م : « الأول » .

(٤١) فى ا : « بولادتها » .

(٤٢) فى ا : « الأولى » .

المسألةِ الثَّالثةِ ، (٤٣ثم كُلَّما٤٣) وضَعتْ واحدةٌ مِنهُنَّ تَمامَ حَمْلِهَا ، انْقَضَتْ به عِدَّتُها .

قال القاضى : إذا كانت له زَوْجتانِ ، فقال : كلَّما وَلَدتْ واحدةٌ منكما ، فأنتُما طالقتانِ . فولَدتْ إحْداهما يومَ الخميسِ ، طَلُقَتا جميعًا ، ثم وَلَدتِ الثَّانيةُ يومَ الجمعةِ ، بانَتْ ، وانقضَتْ عِدَّتُها ، ولم تَطْلُقْ ، وطَلُقَتْ الأُولَى ثانيةً ، فإن كانت كلُّ واحدةٍ منهما حامِلًا باثنَيْنِ ، طَلُقَتا(٤٤) بوَضْعِ الثَّانيةِ طَلْقةً طلقةً أيضًا ، ثم إذا وَلَدتِ الأُولَى تمامَ حَمْلِها ، انْقَضتْ عِدَّتُها به(٤٥) ، وطَلُقَتِ الثَّانيةُ ثلاثًا ، فإذا وَلَدتِ الثَّانيةُ تمامَ حملِها ، انْقَضتْ عِدّتُها به ، وطَلُقَتِ الثَّانيةُ ثلاثًا .

فصل : وإذا قال لامرأتِه : إن كلَّمْتُك فأنتِ طالقٌ . ثم أعادَ ذلك ثانيةً ، طَلُقَتْ واحدةً ؛ لأنَّ إعادتَه تكْليمٌ لها وشَرْطٌ لطَلاقِها ، فإن أعادَه ثالثةً ، طَلُقَتْ ثانيةً ، إلَّا أن تَكونَ غيرَ مَدْخولٍ بها فتَبِين بالأُولَى ، ولا يَلْحقُها طلاقٌ ثانٍ ، وإن أعادَه رابعةً ، طَلُقَتِ الثَّالثةَ . وإن قال : إن كلَّمْتُك فأنتِ طالقٌ ، فاعْلَمِى ذلك ، أو فتَحَقَّقِى ذلك . حَنِثَ لأنَّه كَلَّمَها(٤٦) بعدَ عَقْدِ اليَمِينِ ، إلَّا أن يَنْوِىَ كلامًا مُبتَدَأً ، وإن زَجَرَها ، فقال : تَنَحَّىْ ، أو اسْكُتى أو اذْهبِى . حَنِثَ ؛ لأنَّه كلامٌ . وإن سَمِعَها تَذْكُرُه(٤٧) ، فقال : الكاذبُ عليه لعنةُ اللهِ . حَنِثَ . نَصَّ عليه أحمدُ ؛ لأنَّه كلَّمَها . وإن كلَّمَها وهى نائمةٌ ، أو مغلوبةٌ على عَقْلِها بإغماءٍ أو جنونٍ ، لا تَسْمَعُ ، أو بعيدةٌ لا تَسْمَعُ كلامَه ، أو صَمَّاءُ بحيثُ لا تَفْهَمُ كلامَه ولا تَسمَعُ ، أو حَلَفَ لا يُكلِّمُ فلانًا ، فكلَّمَه مَيِّتًا ، لم يَحْنَثْ . وقال أبو بكرٍ : يَحْنَثُ فى جميعِ ذلك ؛ لقولِ أصحابِ النَّبىِّ ﷺ : كيف تُكلِّمُ أجْسادًا لا أرْواحَ فيها(٤٨) ؟ . ولَنا ، أنَّ التَّكلُّمَ فِعْلٌ يَتعدَّى إلى المُتَكَلَّمِ ، وقد قِيلَ :

(٤٣-٤٣) فى م : « فكلما » .

(٤٤) فى الأصل : « طلقا » .

(٤٥) سقط من : ب .

(٤٦) فى م : « كلما » .

(٤٧) فى الأصل ، ا ، م : « تذكر » .

(٤٨) أخرجه البخارى ، فى : باب ما جاء فى عذاب القبر ، من كتاب الجنائز ، وفى : باب قتل أبى جهل ، من كتاب=

إنَّه مأخوذٌ مِنَ الكَلْمِ ، وهو الجَرْحُ ؛ لأنَّه يُؤَثِّرُ فيه كتأثيرِ الجَرْحِ ، ولا يَكونُ ذلك إلَّا بإسْماعِه ، فأمَّا تكْليمُ النَّبيِّ ﷺ المَوْتَى ، فمِن مُعْجزَاتِه(٤٩) ، فإنَّه قال : « مَا أَنْتُمْ بِأَسْمَعَ لِمَا أَقُولُ مِنْهُمْ » . ولم يَثْبُتْ هذا لغيرِه ، وقولُ أصحابِ النَّبيِّ ﷺ : كيف تُكلمُ أجسادًا لا أرْواحَ فيها ؟ حُجَّةٌ لنا ، فإنَّهم قالوا ذلك اسْتِبْعادًا ، أو سؤالًا عمَّا خَفِيَ عنهم سَبَبُه وحِكْمتُه(٥٠) ، /حتى كَشَفَ لهم النَّبِيُّ ﷺ حِكْمةَ ذلك بأمْرٍ مُخْتَصٍّ به ، فيَبْقَى الأمْرُ فى حقِّ مَنْ سِواهُ على النَّفْيِ . وإن حَلَفَ : لا كَلَّمْتِ فُلانًا . فكلَّمَتْه سَكْرانَ ، حَنِثَ ؛ لأنَّ السَّكْرانَ يُكَلَّمُ ويَحْنَثُ ، وإنَّما كان تَكْليمُه فى حالِ سُكْرِه أضَرَّ من تكْليمِه فى صَحْوِه ، وإن كلَّمَتْه سَكْرانةً ، حَنِث ؛ لأنَّ حُكْمَها حُكْمُ الصَّاحِى ، وإن كلَّمَتْه ، وهو صَبِيٌّ أو مجنونٌ يَسْمَعُ(٥١) ، ويَعْلَمُ [illegible] كلَّمَ حَنِثَ . وإن جُنَّتْ هى ، ثم كلَّمَتْه ، لم يَحْنَثْ ؛ لأنَّ القلَمَ مَرْفوعٌ عنها ، ولم يَبْقَ لكلامِها حُكْمٌ .

١٨/٨ و

فصل : فإن حَلَفَ لا يُكلِّمُ إنْسانًا ، فكلَّمَه بحيثُ يَسْمَعُ ، فلم يَسمَعْ لتَشاغُلِه أو غَفْلتِه ، حَنِثَ ؛ لأنَّه كلَّمَه ، وإنما لم يَسمَعْ لغَفْلتِه ، أو شُغْلِ قلبِه . وإن كلَّمَه ، ولم يَعرِفْه ؛ فإن كانتْ يَمينُه بالطَّلاقِ ، حَنِثَ . قال أحمدُ ، فى رجلٍ حَلَفَ بالطَّلاقِ ، أنْ لا يُكلِّمَ حَماتَه ، فرآها بالليلِ ، فقال : مَنْ هذا ؟ : حَنِثَ ، قد كلَّمَها . وإن كانت يَمينُه باللهِ تعالى ، أو يَمِينًا مُكفَّرةً ، فالصَّحيحُ أنَّه لا يَحْنَثُ ؛ لأنَّه لم يَقْصِدْ تكْليمَه ، فأشْبَهَ النَّاسِيَ ، ولأنَّه ظَنَّ المحْلوفَ عليه غيرَه ، فأشْبَهَ لَغْوَ اليمينِ . وإن سَلَّمَ عليه ، حَنِثَ ؛ لأنَّه كلَّمَه بالسَّلامِ . وإن سلَّمَ على جماعةٍ هو فيهم ، وأرادَ جميعَهم بالسَّلامِ ، حَنِثَ ؛

= المغازى . صحيح البخارى ٢ / ١٢٢ ، ٥ / ٩٧ . ومسلم ، فى : باب عرض مقعد الميت .. ، من كتاب الجنة . صحيح مسلم ٤ / ٢٢٠٣ .

كما أخرجه النسائى ، فى : باب أرواح المؤمنين ، من كتاب الجنائز . المجتبى ٤ / ٩٠ . والإمام أحمد ، فى : المسند ٢ / ١٣١ .

(٤٩) فى ا ، ب ، م : « معجزته » .

(٥٠) فى الأصل : « وحكمه » .

(٥١) فى ب زيادة : « كلامها » .

لأنَّه كلَّمَهم كُلَّهم ، وإن قصدَ بالسَّلامِ مَنْ عَداه ، لم يَحنَثْ ؛ لأنَّه إنَّما كلَّمَ غيرَه وهو يَسْمَعُ ، وإن لم يَعلمْ أنَّه فيهم ، ففيه روايتانِ ؛ إحْدَاهما : يَحْنَثُ ؛ لأنَّه كلَّمَهم جميعَهم وهو فيهم . والثَّانيةُ ، لا يَحنَثُ ؛ لأنَّه لم يَقْصِدْه . ويُمْكِنُ حَمْلُ قولِه فى الحِنْثِ على اليَمينِ بالطَّلاقِ والعَتَاقِ ؛ لأنَّه لا يُعذَرُ فيهما[٥٢] بالنِّسيَانِ والجهلِ ، فى الصَّحيحِ مِن المذهبِ ، وعَدَمِ الحِنثِ على اليَمينِ المُكَفَّرَةِ . فإن كان الحالِفُ إمامًا ، والمحْلوفُ عليه مأمومًا ، لم يَحْنَثْ بتسْليمِ الصَّلاةِ ؛ لأنَّه للخُروجِ منها ، إلَّا أن يَنْوِىَ بتسْليمِه المأْمُومينَ فيكونَ حُكْمُه حُكْمَ ما لو سَلَّمَ عليهم فى غيرِ الصَّلاةِ . ويَحْتَمِلُ أن لا يَحْنَثَ بحالٍ ؛ لأنَّ هذا لا يُعَدُّ تكليمًا ، ولا يُريدُه الحالِفُ . وإن حَلَفَ لا يُكلِّمُ فلانًا ، فكلَّمَ إنسانًا ، وفلانًا يَسمَعُ ، يَقْصِدُ بذلك إسْماعَه ، كما قال :

* إيَّاكِ أعْنِى واسْمَعِى يا جارَه[٥٣] *

حَنِثَ . نَصَّ عليه أحمدُ ، قال : إذا حَلَفَ لا يُكَلِّمُ فلانًا ، فكلَّمَ إنسانًا ، وفلانٌ يَسْمَعُ ، يُرِيدُ بكلامِه إيَّاه المحْلوفَ عليه ، حَنِثَ ؛ لأنَّه قد أرادَ تكليمَه . ورُوِىَ عن أبى بَكْرَةَ ما يَدلُّ على أنَّه لا يَحْنَثُ ، فإنَّه كان حَلَفَ أن لا يُكلِّمَ أخاه زيادًا ، فعزمَ زيادٌ على الحَجِّ ، فجاء أبو بَكْرَةَ فدخلَ قصرَه ، وأخذ ابنَه فى حِجْرِه ، فقال : إنَّ أباكَ يُرِيدُ الحَجَّ والدُّخولَ على زَوْجِ رسولِ اللهِ ﷺ بهذا السَّبَبِ ، وقد / علمَ أنَّه غيرُ صحيحٍ . ثم خرجَ ، ولم يَرَ أنَّه كلَّمَه[٥٤] . والأوَّلُ الصَّحيحُ ؛ لأنه أسْمعَه كلامَه يُريدُه به ، فأشْبَهَ ما لو خاطبَه به ، ولأنَّ به مَقْصودَ تكْليمِه قد حَصَلَ بإسْماعِه كلامَه .

١٨/٨ ظ

فصل : فإن كتبَ إليه ، أو أرسلَ إليه رَسولًا ، حَنِثَ ، إلَّا أن يكونَ قَصَدَ أنْ لا يُشافِهَه . نَصَّ عليه أحمدُ ، وذكرَه الخِرَقِىُّ [فى][٥٥] مَوْضِعٍ آخرَ ، وذلك لقولِ اللهِ

---

(٥٢) فى الأصل ، ب ، م : « فيها » .

(٥٣) انظر : مجمع الأمثال ١ / ٨٠ ، ونسبه الميدانى لسهل بن مالك الفزارى . وهو فى اللسان والتاج (ع ط ر) بغير نسبة .

(٥٤) انظر : الاستيعاب ٢ / ٥٢٣ – ٥٣٠ .

(٥٥) تكملة يصح بها السياق .

تعالى : ﴿ وَمَا كَانَ لِبَشَرٍ أَن يُكَلِّمَهُ ٱللَّهُ إِلَّا وَحْيًا أَوْ مِن وَرَآئِ حِجَابٍ أَوْ يُرسِلَ رَسُولًا ﴾[٥٦] . ولأنَّ القَصْدَ بالتَّرْكِ لكلامِه هِجْرانُه ، ولا يَحْصُلُ مع مُواصَلتِه بالرُّسُلِ والكُتُبِ . ويَحْتمِلُ أن لا يَحنَثَ إلَّا أن يَنْوِىَ تَرْكَ ذلك ؛ لأنَّ هذا ليس بتكْليمٍ حقيقةً ، ولو حَلَفَ لَيُكَلِّمَنَّه ، لم يَبَرَّ بذلك ، إلَّا أن يَنْوِيَه ، فكذلك لا يحْنَثُ به . ولو حَلَفَ لا يُكلِّمُه ، فأرْسلَ إنْسانًا يَسْأَلُ أهلَ العلمِ عن مسْألةٍ أو حديثٍ ، فجاءَ الرَّسولُ ، فسأَلَ المحْلوفَ عليه ، لم يَحنَثْ بذلك . وإن حَلَفَ لا يُكَلِّمُ امْرأتَه ، فجامعَها ، لم يَحْنَثْ ، إلَّا أن تكونَ نِيَّتُه هِجْرانَها . قال أحمدُ ، فى رجلٍ قال لامرأتِه : إن كلَّمْتُكِ خمسةَ أيّامٍ فأنتِ طالقٌ . أَلَهُ أن يُجامِعَها ولا يُكلِّمَها ؟ فقال : أيُّ شيءٍ كان بُدُوُّ هذا أيَسُوءُها أو يَغِيظُها ؟ فإن لم يَكُنْ له نِيَّةٌ ، فله أن يُجَامعَها ولا يُكلِّمَها . وإن حَلَفَ لا يَقْرأُ كتابَ فلانٍ . فقرأه فى نفسِه ، ولم يُحَرِّكْ شَفتَيْه به ، حَنِثَ ؛ لأنَّ هذا قراءةُ الكُتُبِ فى عُرْفِ النَّاسِ ، فتَنْصرِفُ يَمينُه إليه ، إلَّا أن يَنْوِىَ حقيقةَ القراءةِ . قال أحمدُ : إذا حَلَفَ : لا قَرأْتُ لفلانٍ كتابًا . ففتَحَه حتى اسْتَقْصَى آخِرَه ، إلَّا أنَّه لم يُحرِّكْ شَفتَيْه ، فإن أراد أن لا يَعْلمَ ما فيه ، فقد عَلِمَ ما فيه وقرأَه .

فصل : فإن قال لامرأتِه : إن بدَأْتُك بالكلامِ فأنتِ طالقٌ . فقالتْ : إن بَدأْتُك بالكلامِ فعَبْدِى حُرٌّ . انْحَلَّتْ يَمينُه ؛ لأنَّها[٥٧] لمَّا خاطبَتْه بيَمينِها ، فاتَتْه البدايةُ بكلامِها ، وبَقِيَتْ يَمينُها مُعلَّقةً ، فإن بدَأها بكلامٍ انحَلَّتْ يَمينُها أيضًا ، وإن بَدأَتْه هى ، عَتَقَ عبدُها . هكذا ذكرَه أصحابُنا . ويَحْتمِلُ أنَّه إن بَدأَها بالكلامِ[٥٨] فى وقتٍ آخَرَ ، حَنِثَ ؛ لأنَّ ذلك يُسَمَّى بدايةً ، فتناولَتْه يَمينُه ، إلَّا أن يَنْوِىَ تركَ البدايةِ فى هذا الوقتِ ، أو هذا المجلسِ ، فيَتقيَّدَ به .

فصل : فإن قال لامرأتَيْه : إن كلَّمْتُما هٰذينِ الرَّجلَيْنِ فأنتُما طالقتانِ . فكلَّمَتْ كلُّ

---

(٥٦) سورة الشورى ٥١ .

(٥٧) فى ا ، ب ، م : « لأنه » .

(٥٨) فى ا : « بكلام » .

واحدةٍ رجلًا، ففيه وَجْهانِ ؛ أحدُهما، يَحْنَثُ ؛ لأنَّ تَكْليمَهما وُجِدَ منهما ، فحَنِثَ ، كما لو قال : إن حِضْتُما فأنْتما طالقتانِ . فحاضَتْ كلُّ واحدةٍ حَيْضةً . وكذلك لو قال : إن رَكِبْتُما دابَّتَيْكما فأنْتما طالقتانِ . / فرَكِبَتْ كلُّ واحدةٍ دابَّتَها . والوجهُ الثانى ، لا يَحْنَثُ حتى تُكَلِّمَ كلُّ واحدةٍ منهما الرَّجُلَينِ معًا ؛ لأنَّه علَّقَ طلاقَهما بكلامِهما لهما ، فلا تَطْلُقُ واحدةٌ بكلامِ الأُخرَى وحدَها . وهذا أظْهَرُ الوَجْهينِ لأصْحابِ الشَّافعيِّ . وهكذا لو[59] قال : إن دخَلْتُما هاتَيْنِ الدَّارَيْنِ . فالحُكْمُ فيها كالأُولَى . وهذا فيما لم تَجرِ العادةُ بانْفرادِ الواحدِ به ، فأمَّا مَا جَرَى العُرْفُ فيه بانْفرادِ الواحدِ فيه بالواحدِ ، كنحوِ : رَكِبَا دابَّتَيْهما ، ولَبِسا ثوبَيْهما ، وتَقَلَّدا سَيْفَيْهما ، واعْتَقَلا رُمْحَيْهما ، ودخَلا بزَوْجَيْهما . وأشْباه هذا ، فإنَّه يَحنَثُ إذا وُجِدَ منهما مُنْفرِدَيْنِ ، وما لم تَجْرِ العادةُ فيه بذلك ، فهو على الوَجْهينِ . [60]واللهُ أعلمُ[60] . ولو قال : إن أكَلْتُما هٰذينِ الرَّغِيفَيْنِ . فأكلتْ كلُّ واحدةٍ منهما رغيفًا ، حَنِثَ[61] ؛ لأنَّه يَسْتحيلُ أن تأْكُلَ كلُّ واحدةٍ منهما الرَّغِيفَيْنِ ، بخلافِ الرَّجُلَيْنِ والدَّارينِ .

19/8و

فصل : فإن قال : أنت طالقٌ إن كلَّمتِ زيدًا، ومحمَّدٌ مع خالدٍ . لم تَطْلُقْ حتى تُكَلِّمَ زيدًا فى حالٍ يَكونُ [62]فيه محمّدٌ[62] مع خالدٍ. وذكر القاضى أنَّه يَحْنَثُ بكلامِ زيدٍ فقط؛ لأنَّ قولَه : محمّدٌ مع خالدٍ اسْتِئْنافُ كلامٍ؛ بدليلِ أنَّه مَرْفوعٌ. والصَّحيحُ ما قُلْنا[63]؛ لأنَّه متى أمْكَنَ جَعْلُ الكلامِ مُتَّصِلًا كان أوْلَى مِن قَطْعِه، والرَّفْعُ لا يَنْفِى كونَه حالًا، فإنَّ الجملةَ مِنَ المبتدإ والخبرِ تَكونُ حالًا ، كقولِه تعالى : ﴿ ٱقْتَرَبَ لِلنَّاسِ حِسَابُهُمْ وَهُمْ فِى غَفْلَةٍ مُّعْرِضُونَ ﴾[64] . وقال : ﴿ إِلَّا ٱسْتَمَعُوهُ وَهُمْ يَلْعَبُونَ ﴾[65] . ﴿ وَأَخَافُ أَن يَأْكُلَهُ

---

(59) فى ا : « إن » .

(60 – 60) سقط من : م .

(61) فى م : « يحنث » .

(62 – 62) فى ا : « محمد فيها » .

(63) فى م : « قلناه » .

(64) سورة الأنبياء 1 .

(65) سورة الأنبياء 2 .

ٱلذِّئْبُ وَأَنتُمْ عَنْهُ غَـٰفِلُونَ ﴾[٦٦] . وهذا كثيرٌ ، فلا يَجُوزُ قَطْعُه عن الكلامِ الذى هو فى سِيَاقِه مع إمْكانِ وَصْلِه به ، ولو قال : إن كلَّمتِ زيدًا ومحمّدٌ مع خالدٍ فأنتِ طالقٌ . لم تَطْلُقْ حتى تُكَلِّمَ زيدًا فى حالِ كونِ محمدٍ مع خالدٍ ، فكذلك إذا تأخَّرَ قوله : محمد مع خالدٍ . ولو قال : أنتِ طالقٌ إن[٦٧] كلَّمتِ زيدًا وأنا غائبٌ ، لم تَطْلُقْ حتى تُكلِّمَه فى حالِ غَيْبتِه . وكذلك لو قال : أنتِ طالقٌ إن كلَّمتِ زيدًا وأنتِ راكبةٌ . أو وهو راكبٌ . أو : ومحمدٌ راكبٌ . لم تَطْلُقْ حتى تُكلِّمَه فى تلكِ الحالِ . ولو قال : أنتِ طالقٌ إن كلَّمْتِ زيدًا ومحمدٌ أخوه مريضٌ . لم تَطْلُقْ حتى تُكلِّمَه وأخوه محمدٌ مريضٌ .

فصل : فإن قال : إن كلَّمْتِينِى[٦٨] إلى أن يَقْدَمَ زيدٌ . أو : حتى يَقْدَمَ زيدٌ ، فأنتِ طالقٌ . فكلَّمَتْه قبلَ قُدُومِه ، حَنِثَ ؛ لأنَّه مَدَّ المَنْعَ إلى غايةٍ هى قُدُومُ زيدٍ ، فلا يَحْنَثُ بعدَها . فإن قال : أردتُ إن اسْتَدَمْتِ كلامِى مِن الآن إلى أن يَقْدَمَ زيدٌ . دِينَ . وهل يُقبَلُ فى الحُكمِ ؟ يَحْتمِلُ وَجْهَيْنِ .

/**فصل** : فإن قال : أنتِ طالقٌ إنْ شئتِ . أو : وإذا شئتِ . أو : متى شِئتِ . أو : كلَّما شئتِ . أو : كيف شئتِ . أو : حيث شئتِ . أو : أنَّى شئتِ . لم تَطْلُقْ حتى تشاءَ ، وتَنطِقَ بالمشيئةِ بلسانِها ، فتقولَ : قد شئتُ . لأنَّ ما فى القلبِ لا يُعْلَمُ حتى يُعبِّرَ عنه اللِّسانُ ، فتَعَلَّقَ الحُكْمُ بما ينْطِقُ[٦٩] به ، دونَ ما فى القلبِ ، فلو شاءت بقلبِها دونَ نُطْقِها، لم يَقَعْ طلاقٌ، ولو قالت : قد شِئْتُ. بلسانِها وهى كارهةٌ ، لَوقعَ الطَّلاقُ ، اعتبارًا بالنُّطقِ . وكذلك إن علَّقَ الطَّلاقَ بمَشيئةِ غيرِها . ومتى وُجِدَتِ المَشيئةُ باللِّسانِ ، وقعَ الطَّلاقُ ، سَواءٌ كان على الفَوْرِ أو التَّراخِى . نصَّ عليه أحمدُ ، فى تَعْليقِ

١٩/٨ ظ

(٦٦) سورة يوسف ١٣ .

(٦٧) فى الأصل ، م : « لو » .

(٦٨) فى ا ، ب ، م : « كلمتنى » .

(٦٩) فى م : « يتعلق » .

الطَّلاقِ بمَشِيئةِ فلانٍ ، وفيما إذا قال : أنتِ طالقٌ حيث شئتِ . أو : أنَّى[٧٠] شئتِ . ونحوَ هذا قال الزُّهْرِيُّ ، وقَتَادَةُ . وقال أبو حنيفةَ دُونَ صاحبَيْه : إذا قال : أنتِ طالقٌ كيف شئتِ . تَطْلُقُ فى الحالِ طلقةً رجْعِيَّةً ؛ لأنَّ هذا ليس بشَرْطٍ ، وإنَّما هو صِفَةٌ للطَّلاقِ الواقعِ بمَشِيئتِها . ولَنا ، أنَّه أضاف الطَّلاقَ إلى مَشِيئَتِها ، فأشْبَهَ[٧١] ما لو قال : حيثُ شِئْتِ . وقال الشَّافعيُّ فى جميعِ الحروفِ : إن شاءَتْ فى الحالِ ، وإلَّا فلا تَطْلُقُ ؛ لأنَّ هذا تَمْليكٌ للطَّلاقِ ، فكان على الفَوْرِ ، كقولِه : اخْتارِى . وقال أصْحابُ الرَّأْىِ فى « إن » كقولِه ، وفى سائرِ الحروفِ كقَوْلِنا ؛ لأنَّ هذه الحروفَ صَرِيحةٌ فى التَّراخِى ، فحُمِلَتْ على مُقْتَضاها ، بخلافِ « إن » ، فإنَّها لا تَقْتَضِى زمانًا ، وإنَّما هى لمُجرَّدِ الشَّرْطِ ، فتُقَيَّدُ بالفَوْرِ بقَضِيَّةِ التَّمْليكِ . وقال الحسنُ ، وعطاءٌ : إذا قال : أنتِ طالقٌ إن شئتِ . إنَّما ذلك لها ما داما فى مَجْلسِهما . ولَنا ، أنَّه تَعْليقٌ للطَّلاقِ على شَرْطٍ ، فكان على التَّراخِى ، كسائرِ التَّعْليقِ ، ولأنَّه إزالةُ مِلْكٍ مُعَلَّقٍ على المشيئةِ ، فكان على التَّراخِى كالعِتْقِ ، وفارَقَ : اخْتارِى . فإنَّه ليس بشَرْطٍ ، إنَّما هو تَخْيِيرٌ ، فتَقَيَّدَ بالمجلسِ ، كخِيَارِ المَجْلسِ . وإن ماتَ مَن له المشيئةُ ، أو جُنَّ ، لم يَقَعِ الطَّلاقُ ؛ لأنَّ شَرْطَ الطَّلاقِ لم يُوجَدْ . وحُكِىَ عن أبى بكرٍ ، أنه يَقَعُ[٧٢] . وليس بصحيحٍ ؛ لأنَّ الطَّلاقَ المُعَلَّقَ على شَرْطٍ لا يَقَعُ إذا تَعذَّرَ شَرْطُه ، كما لو قال : أنتِ طالقٌ إن دَخَلْتِ الدَّارَ ، وإن شاءَ . وهو مَجْنونٌ ، لم يَقَعْ طلاقُه ؛ لأنَّه لا حُكْمَ لكلامِه . وإن شاءَ ، وهو سكرانُ . فالصَّحِيحُ أنَّه لا يَقَعُ ؛ لأنَّه زائلُ العقلِ ، فهو كالمجنونِ . وقال أصْحابُنا : يُخَرَّجُ على الرِّوايتَيْنِ فى طَلاقِه ، والفَرْقُ بينهما أنَّ إيقاعَ طَلاقِه تَغْليظٌ عليه ، كيلا تكونَ المَعْصِيَةُ سببًا للتَّخْفيفِ عنه ، وهٰهُنا إنَّما يَقَعُ الطَّلاقُ بغيرِه[٧٣] ، فلا يَصِحُّ منه فى حالِ زَوالِ

---

(٧٠) فى الأصل : « أين » .

(٧١) فى ا ، ب ، م زيادة : « به » .

(٧٢) فى ا زيادة : « طلقة » . وفى ب زيادة : « الطلاق » .

(٧٣) فى ب : « لغيره » .

٨/٢٠و

عَقْلِه ، وإن شاءَ ، وهو /طِفلٌ ، لم يَقَعْ ؛ لأنَّه كالمجنونِ . وإن كان يَعقِلُ الطَّلاقَ ، وقعَ ؛ لأنَّ له مَشيئةً ، ولذلك صَحَّ اختيارُه لأحدِ أبَوَيْه . وإن كان أخْرَسَ ، فشاءَ بالإشارةِ ، وقَعَ الطَّلاقُ ؛ لأنَّ إشارتَه تَقومُ مَقامَ نُطْقِ النَّاطِقِ ، ولذلك وقعَ طلاقُه بها ، وإن كان ناطِقًا حالَ التَّعْليقِ ، فخَرِسَ ، ففيه وَجْهانِ ؛ أحدُهما ، يَقَعُ الطَّلاقُ بها ؛ لأنَّ طَلاقَه فى نفسِه يَقَعُ بها ، فكذلك طَلاقُ مَن علَّقَه بمَشيئةٍ . والثّانى ، لا يَقَعُ بها ؛ لأنَّه حالَ التَّعليقِ ، كان[٧٤] لا يَقَعُ إلَّا بالنُّطْقِ[٧٥] ، فلم يَقَعْ بغيرِه ، كما لو قال فى التَّعْليقِ : إن نَطَقَ فلانٌ بمشيئتِه فهى طالقٌ .

فصل : فإن قَيَّدَ الْمَشيئةَ بوَقْتٍ ، فقال : أنتِ طالقٌ إن شئتِ اليومَ . تَقَيَّدَ به ، فإن خرجَ اليومُ قبلَ مَشيئتِها لم تَطْلُقْ . وإن علَّقَه على مَشيئةِ[٧٦] اثْنَيْنِ ، لم يَقَعْ حتى تُوجَدَ مَشيئتُهما ، وخَرَّجَ القاضى وَجْهًا أنَّه يَقَعُ بمَشيئةِ أحدِهما ، كما يَحْنَثُ بفِعْلِ بعضِ المحْلوفِ عليه ، وقد بَيَّنَّا فسادَ هذا . فإن قال : أنتِ طالقٌ إن شِئْتِ وشاءَ أبوكِ . فقالتْ : قد شِئْتُ إن شاءَ أبى . فقال أبوها : قد شِئْتُ . لم تَطْلُقْ ؛ لأنَّها لم تَشَأْ ، فإنَّ المَشيئةَ أمرٌ خَفِىٌّ[٧٧] ، لا يَصِحُّ تَعْليقُها على شَرْطٍ . وكذلك لو قال : أنتِ طالقٌ إن شِئْتِ . فقالت : قد شئتُ إن شئتَ . فقال : قد شئتُ . أو قالتْ[٧٨] : قد شئتُ إن طَلَعَتِ الشَّمسُ . لم يَقَعْ . نَصَّ[٧٩] أحمدُ ، على مَعْنَى هذا[٨٠] ، وهو قَوْلُ سائرِ أهلِ العلمِ ؛ منهم الشّافعىُّ ، وإسْحاقُ ، وأبو ثَوْرٍ ، وأصْحابُ الرَّأْىِ . قال ابنُ[٨١]

---

(٧٤) فى ب ، م : « كأنه » .

(٧٥) فى ا : « بالتعليق » .

(٧٦) فى م : « المشيئة » .

(٧٧) فى الأصل ، ب : « حقيقى » .

(٧٨) فى ب : « قال » .

(٧٩) فى ب ، م زيادة : « عليه » .

(٨٠) فى ب : « وهذا » . وفى م : « هو » .

(٨١) سقط من : ا ، ب ، م .

المُنْذِرِ : أجمعَ كلُّ مَن نَحْفظُ عنه من أهلِ العلمِ على أنَّ الرَّجلَ إذا قال لزوجتِه : أنتِ طالقٌ إن شئتِ . فقالت : قد شئتُ إن شاءَ فلانٌ . أنَّها قد رَدَّتِ الأمرَ ، ولا يَلْزَمُها الطَّلاقُ وإن شاءَ فلانٌ ؛ وذلك لأنَّه لم تُوجَدْ منها مَشِيئةٌ ، وإنَّما وُجِدَ منها تَعْليقُ مَشِيئتِها بشَرْطٍ ، وليس تعليقُ الْمَشِيئةِ [82] شَرْطَ مَشِيئةٍ [82] . وإن علَّقَ الطَّلاقَ على مَشِيئةِ اثْنَين ، فشاءَ أحدُهما على الفَوْرِ ، والآخَرُ على التَّراخِى ، وقعَ الطَّلاقُ ؛ لأنَّ الْمَشِيئةَ قد وُجِدَتْ منهما جميعًا .

فصل : فإن قال : أنتِ طالقٌ إلَّا أن تَشائِى . أو : يشاءَ زيدٌ . فقالت : قد شِئْتُ . لم تَطْلُقْ . وإن أخَّرَا ذلك طَلُقَتْ . وإن جُنَّ مَن عَلَّقَ الطَّلاقَ بمَشِيئتِه ، طَلُقَتْ فى الحالِ ؛ لأنَّه أوْقعَ الطَّلاقَ وعَلَّقَ رَفْعَه بشَرْطٍ لم يُوجَدْ ، وكذلك إن ماتَ . فإن خَرِسَ فشاءَ بالإشارةِ ، خُرِّجَ فيه وَجْهانِ ، بناءً على وُقوعِ الطَّلاقِ بإشارتِه إذا علَّقَه على مَشِيئتِه .

٨/٢٠ ظ **فصل** : فإن قال : أنتِ طالقٌ واحدةً إلَّا أن تَشائِى ثلاثًا . فلم تَشَأْ ، أو شاءتْ / أقلَّ من ثَلاثٍ ، طَلُقَتْ واحدةً . وإن قالتْ : قد شئتُ ثلاثًا . فقال أبو بكرٍ : تَطْلُقُ ثلاثًا . وقال أصحابُ الشَّافعىِّ وأبى حنيفةَ : لا تَطْلُقُ إذا شاءتْ ثلاثًا ؛ لأنَّ الاستثناءَ مِن الإثْباتِ نَفْىٌ ، فتقديرُه : أنتِ طالقٌ واحدةً إلَّا أن تَشائِى ثلاثًا فلا تَطْلُقِى ، ولأنَّه لو لم يَقُلْ : ثلاثًا لما طَلُقَتْ بمَشِيئتِها ثلاثًا [83] ، فكذلك إذا قال : ثلاثًا ؛ لأنَّه إنَّما ذكرَ الثَّلاثَ صِفةً لمَشِيئتِها الرَّافعةِ [84] لطلاقِ الواحدةِ ، فيَصيرُ كما لو قال : أنتِ طالقٌ إلَّا أن تُكَرِّرِى مَشِيئَتَكِ [85] ثلاثًا . وقال القاضى : فيها وَجْهانِ ؛ أحدُهما ، لا تَطْلُقُ ؛ لما ذَكَرْنا . والثَّانى ، تَطْلُقُ ثلاثًا ؛ لأنَّ السَّابِقَ إلى الفَهْمِ مِنْ هذا الكلامِ إيقاعُ الثَّلاثِ إذا شاءَتْها ، كما لو قال : له عَلَىَّ درهمٌ [86]

(٨٢-٨٢) سقط من : ب ، م .

(٨٣) سقط من : الأصل .

(٨٤) فى الأصل : « الواقعة » .

(٨٥) فى ا ، ب ، م : « بمشيئتك » .

(٨٦) فى م : « دراهم » .

إِلَّا أن يُقيمَ البَيِّنَةَ بثلاثةٍ[٨٧] ، وخُذْ درهمًا إِلَّا أن تُريدَ أكثرَ منه . ومنه قولُ النَّبيِّ ﷺ : « الْبَيِّعَانِ بِالْخِيَارِ مَا لَمْ يَتفَرَّقَا[٨٨] ، إِلَّا بَيْعَ الْخِيَارِ »[٨٩] . أى أَنَّ بيعَ الخيارِ يَثْبُتُ[٩٠] الخيارُ فيه بعدَ تَفَرُّقِهما . وإن قال : أنتِ طالقٌ ثلاثًا ، إلَّا أن تشائِى واحدةً . فقالت : قد شئتُ واحدةً . طَلُقَتْ واحدةً ، على قولِ أبى بكرٍ . وعلى قولِهم : لا تَطْلُقُ شيئًا .

فصل : فإن قال : أنتِ طالقٌ لِمَشيئةِ فلانٍ . أو : لرِضَاه . أو : له . طَلُقَتْ فى الحالِ ؛ لأنَّ مَعْناه أنتِ طالقٌ لكَوْنِه قد شاءَ ذلك ، أو رَضِيَه ، أو لِيَرْضَى به ، كقولِه : هو حُرٌّ لوجهِ اللهِ ، أو لرِضَى اللهِ . فإن قال : أردتُ به الشَّرْطَ . دِينَ . قال القاضى : يُقبَلُ فى الحُكْمِ ؛ لأنَّه مُحتمِلٌ ؛ فإنَّ ذلك يُسْتَعْمَلُ للشَّرْطِ ، كقولِه : أنتِ طالقٌ للسُّنَّةِ . وهذا أظهرُ الوَجْهينِ لأَصْحابِ الشَّافعىِّ .

فصل : فإن قال : أنتِ طالقٌ إن أَحْبَبْتِ . أو : إن أردتِ . أو : إن كَرِهْتِ . [٩١]احْتمَلَ أن يَتعلَّقَ الطَّلاقُ بقولِها بلسانِها : قد أحببتُ . أو : أردتُ . أو : كَرِهتُ[٩١] . لأنَّ هذه المعانى فى القلبِ ، لا يُمْكِنُ الاطِّلاعُ عليها إلَّا مِن قِبَلِهَا[٩٢] ، فتَعَلَّقَ الحُكمُ بقَوْلِها[٩٣] ، كالمَشِيئةِ . ويَحْتَمِلُ أن يَتعلَّقَ الحُكْمُ بما فى القلبِ مِنْ ذلك ، ويكونَ اللسانُ دليلًا عليه . فعلى هذا ، لو أقرَّ الزَّوجُ بوُجودِه ، وقَعَ طلاقُه ، وإن لم يَتَلَفَّظْ به ، ولو قالتْ : أنا[٩٤] أُحِبُّ ذلك . ثم قالت : كنتُ كاذبةً . لم تَطْلُقْ . وإن قال : إن كُنْتِ تُحبِّينَ أن يُعذِّبَكِ اللهُ بالنَّارِ فأنتِ طالقٌ . فقالت : أنا[٩٤] أُحِبُّ ذلك .

---

(٨٧) فى م : « بثالثة » .

(٨٨) فى ب : « يفترقا » .

(٨٩) تقدم تخريجه فى : ٦ / ٦ .

(٩٠) فى ا ، ب ، م : « ثبت » .

(٩١ - ٩١) سقط من : ب .

(٩٢) فى م : « قولها » .

(٩٣) فى م : « بها » .

(٩٤) فى ب : « إنما » .

فقد سُئِلَ أحمدُ عنها[٩٥] ، فلم يُجِبْ فيها بشيءٍ ، وفيها احْتِمالانِ ؛ أحدُهما ، لا تَطْلُقُ . وهو قولُ أبى ثورٍ ؛ لأنَّ المحبَّةَ فى القلبِ ، ولا تُوجَدُ من أحدٍ محبَّةُ ذلك ، وخبرُها بحُبِّها[٩٦] له كذبٌ معلومٌ ، فلم يَصْلُحْ دليلًا على ما فى قلبِها . والاحْتِمالُ الثَّانى ، أنَّها تَطْلُقُ . وهو قولُ أصْحابِ الرَّأْىِ ؛ لأنَّ ما فى القلبِ لا يُوقَفُ عليه إلَّا مِن لسانِها ، فاقْتَضَى تَعْليقَ / الحُكْمِ بلَفْظِها به ، كاذبةً كانتْ أو صادقةً ، كالْمَشيئةِ ، ولا فَرْقَ بين قولِه : إن كُنتِ تُحبِّينَ ذلك . وبين قولِه : إن كنتِ تُحبِّينه بقلبِك . لأنَّ المحبَّةَ لا تَكونُ إلَّا بالقلبِ .

٨/٢١و

فصل : فإن قال : أنتِ طالقٌ إن شاءَ اللهُ تعالى . طَلُقَتْ زوجتُه[٩٧] . وكذلك إن قال : عبدى حُرٌّ إن شاءَ اللهُ تعالى . عَتَقَ ، نصَّ عليه أحمدُ ، فى روايةِ جماعةٍ ، وقال : ليس هما من الأيمانِ . وبهذا قال سعيدُ بن المُسَيَّبِ ، والحسنُ ، ومَكْحولٌ ، وقَتادةُ ، والزُّهرِىُّ ، ومالكٌ ، واللَّيثُ ، والأَوْزاعِىُّ ، وأبو عُبَيدٍ . وعن أحمدَ ما يدلُّ على أنَّ الطَّلاقَ لا يَقَعُ ، وكذلك العَتاقُ . وهو قولُ طاوُسٍ ، والحَكَمِ ، وأبى حنيفةَ ، والشَّافعىِّ ؛ لأنَّه علَّقه على مَشيئةٍ لم يَعْلَمْ وُجودَها ، فلم يَقَعْ ، كما لو علَّقه على مَشيئةِ زيدٍ ، وقد قال رسولُ اللهِ ﷺ : « مَنْ حَلَفَ عَلَى يَمِينٍ ، فَقَالَ : إنْ شَاءَ اللهُ . لَمْ يَحْنَثْ » . رواه التِّرمذىُّ[٩٨] . وقال حديثٌ حسنٌ . ولَنا ، ما رَوَى أبو جَمْرَةَ ، قال : سمعتُ ابنَ عبَّاسٍ يقول : إذا قال الرَّجُلُ لامرأتِه : أنتِ طالقٌ إن شاء اللهُ . فهى طالقٌ . رواه أبو حفصٍ بإسنادِه . [٩٩]وعن أبى بُرْدَةَ نحوُه[٩٩] . ورَوَى ابنُ عمرَ ، وأبو سعيدٍ ، قالا[١٠٠] :

---

(٩٥) سقط من : ب .
(٩٦) فى ب : « بحبه » . وفى م : « محبتها » .
(٩٧) سقط من : ا ، م .
(٩٨) فى : باب ما جاء فى الاستثناء فى اليمين ، من كتاب النذور . عارضة الأحوذى ٧ / ١٤ .
كما أخرجه البخارى ، فى : باب الاستثناء فى الأيمان ، من كتاب الكفارات . صحيح البخارى ٨ / ١٨٢ . والنسائى ، فى : باب الاستثناء ، من كتاب الأيمان . المجتبى ٧ / ٢٣ ، ٢٩ . وابن ماجه ، فى : باب الاستثناء فى اليمين ، من كتاب الكفارات . سنن ابن ماجه ١ / ٦٨٠ . والإمام أحمد ، فى : المسند ٢ / ٢٧٥ .
(٩٩ - ٩٩) سقط من : ا .
(١٠٠) فى م : « قال » .

كُنَّا مَعاشِرَ أصحابِ رسولِ الله ﷺ ، نَرَى الاسْتثناءَ جائزًا فى كلِّ شىءٍ ، إلَّا فى العَتاقِ والطَّلاقِ . ذكرَه أبو الخطَّابِ . وهذا نقلٌ للإجْماعِ ، وإن قُدِّرَ أنه قولُ بعضِهم فانْتشرَ[101] ، ولم يُعْلَمْ له مخالفٌ ، فهو إجماعٌ[102] ، ولأنَّه اسْتثناءٌ يَرْفعُ جُمْلةَ الطَّلاقِ ، فلم يَصِحَّ ، كقولِه : أنتِ طالقٌ ثلاثًا إلَّا ثلاثًا . ولأنَّه اسْتثناءُ حُكْمٍ[103] فى مَحَلٍّ ، فلم يَرْتفِعْ بالمَشيئةِ ، كالبَيْعِ والنِّكاحِ ، ولأنَّه إزالةُ مِلْكٍ ، فلم يَصِحَّ تَعْليقُه على مَشيئةِ اللهِ ، كما لو قال : أبْرَأتُك إن شاءَ اللهُ ، أو تعليقٌ على مالا سبيلَ إلى عِلْمِه ، فأشْبَهَ تَعْليقَه على المُسْتحيلاتِ . والحديثُ لا حُجَّةَ لهم فيه ؛ فإنَّ الطَّلاقَ والعَتاقَ إنْشاءٌ[104] ، وليس بيَمِينٍ حقيقةً ، وإن سُمِّىَ بذلك فَمجازٌ ، لا تُتْرَكُ الحقيقةُ[105] من أجْلِه[105] ، ثم إنَّ الطَّلاقَ إنَّما سُمِّىَ يَمِينًا إذا كان مُعَلَّقًا على شَرْطٍ يُمْكِنُ تَرْكُه وفِعْلُه ، ومُجرَّدُ قولِه : أنتِ طالقٌ . ليس بيَمِينٍ حقيقةً ، ولا مَجازًا ، فلم يُمْكِنْ[106] الاسْتثناءُ بعدَ يَمِينٍ . وقولُهم : علَّقَه على مَشِيئةٍ لا تُعْلَمُ . قُلْنا : قد عُلِمَتْ مشيئةُ اللهِ الطَّلاقَ بمُباشرةِ الآدَمِىِّ سَبَبَه . قال قتادةُ : قد شاءَ اللهُ حين أذِنَ أن يُطَلِّقَ . ولو سلَّمْنا أنَّها لم[107] تُعْلَمْ ، لكنْ قد علَّقَه على شَرْطٍ يَستحيلُ عِلْمُه ، فيكونُ كتَعْليقِه على المُسْتحيلاتِ ، يَلْغُو[108] ، ويَقَعُ الطَّلاقُ فى الحالِ .

/ **فصل** : فإن قال : أنتِ طالقٌ إن دخلتِ الدَّارَ إن شاءَ اللهُ . فعن أحمدَ فيه روايتانِ ؛ إحْداهما ، يَقَعُ الطَّلاقُ بدخولِ الدَّارِ ، ولا يَنفعُه الاسْتثناءُ ؛ لأنَّ الطَّلاقَ والعَتاقَ ليسا   ٢١/٨ ظ

---

(١٠١) سقط من : ب ، م .

(١٠٢) فى ا زيادة : « وعن أبى بردة نحوه » . وهو ما سبق الإشارة إلى سقوطه .

(١٠٣) فى ا ، ب ، م : « حكما » .

(١٠٤) فى ب ، م : « إن شاء » .

(١٠٥–١٠٥) فى ا : « لأجله » .

(١٠٦) فى ا : « يكن » .

(١٠٧) فى ب : « لا » .

(١٠٨) فى ا : « فيلغو » .

من الأيمانِ ، ولِمَا ذكرْناه فى الفصلِ الأوَّلِ . والثَّانيةُ ، لا تَطْلُقُ . وهو قولُ أبى عُبَيدٍ ؛ لأنَّه إذا علَّقَ الطَّلاقَ بشَرْطٍ صار يَمِينًا وحَلِفًا ، فصَحَّ الاسْتثناءُ فيه ، لعُمومِ قولِه عليه السَّلامُ : « مَنْ حَلَفَ عَلَى يَمِينٍ ، فَقَالَ : إنْ شَاءَ اللهُ لَمْ يَحْنَثْ » . وفارَقَ ما إذا لم يُعلِّقْه ، فإنَّه ليس بيَمِينٍ ، فلا يَدخُلُ فى العمومِ .

فصل : فإن قال : أنتِ طالقٌ إلَّا أنْ يشاءَ اللهُ . طَلُقَتْ ، ووافَقَ أصحابُ الشَّافعىِّ على هذا فى الصَّحِيحِ من المذهبِ ؛ لأنَّه أوْقعَ الطَّلاقَ . وعَلَّقَ رَفْعَه بمشيئةٍ لم تُعْلَمْ . وإن قال : أنتِ طالقٌ إن لم يَشَأِ اللهُ . أو : ما[109] لم يَشَأِ اللهُ . وقَعَ أيضًا فى الحالِ ؛ لأنَّ وُقوعَ طلاقِها إذا لم يَشَأِ اللهُ مُحالٌ ، فَلَغَتْ هذه الصِّفةُ ، ووقعَ الطَّلاقُ . ويَحْتمِلُ أن لا يَقعَ ، بناءً على تَعْليقِ الطَّلاقِ على المُحَالِ ، مثل قولِه : أنتِ طالقٌ إن جَمَعْتِ بين الضِّدَّينِ . أو : شَرِبْتِ الماءَ الذى فى الكُوزِ . ولا ماءَ فيه . وإن قال : أنتِ طالقٌ لَتَدْخُلِنَّ الدَّارَ إن شاءَ اللهُ. لم تَطْلُقْ، دخلَتْ أو لم تَدْخُلْ ؛ لأنَّها إن دخلَتْ، [110]فقد فعَلَتِ المحْلوفَ عليه ، وإن لم تدخُلْ[110] ، عَلِمْنا أنَّ اللهَ لم يَشَأْه ؛ لأنَّه لو شاءَه لوُجِدَ ، فإنَّ ما شاءَ اللهُ كانَ . وكذلك إنْ قال : أنتِ طالقٌ لا تَدْخُلِى الدَّارَ إنْ شاءَ اللهُ . لما ذكَرْنا . وإن أرادَ بالاسْتثناءِ والشَّرْطِ رَدَّهُ إلى الطَّلاقِ دُونَ الدُّخولِ ، خُرِّجَ فيه من الخلافِ ما ذكَرْنا فى المُنْجَزِ . وإن لم تُعْلَمْ نِيَّتُه ، فالظَّاهرُ رُجوعُه إلى الدُّخولِ ، ويَحْتمِلُ أن يَرجِعَ إلى الطَّلاقِ .

فصل : فإن علَّقَ الطَّلاقَ على مُسْتحيلٍ[111] ، فقال : أنتِ طالقٌ إن قَتَلْتِ المَيِّتَ . أو شَرِبْتِ الماءَ الذى فى الكُوزِ . ولا ماءَ فيه . أو : جَمَعْتِ بينَ الضِّدَّينِ . أو : كانَ الواحدُ أكثرَ مِن اثنينِ . أو على ما يَستحيلُ عادةً ، كقولِه : إن طِرْتِ . أو : صَعَدْتِ

---

(١٠٩) سقط من : ب ، م .

(١١٠ – ١١٠) سقط من : ب ، م .

(١١١) فى حاشية الأصل زيادة : « عقلا » .

إلى[١١٢] السَّماءِ . أو : قَلَبْتِ الحجرَ ذَهَبًا . أو : شَرِبْتِ هذا النَّهرَ كلَّه . أو : حَمَلْتِ الجَبَلَ . أو : شاءَ المَيِّتُ . ففيه وَجْهانِ ؛ أحدُهما ، يَقَعُ الطَّلاقُ فى الحالِ ؛ لأنَّه أرْدفَ الطَّلاقَ بما يَرْفعُ جُمْلتَه ، ويَمْنعُ وُقوعَه فى الحالِ وفى الثَّانى ، فلم يَصِحَّ ، كاسْتثناءِ الكلِّ ، وكما[١١٣] لو قال : أنتِ طالقٌ طلقةً لا تَقَعُ عليكِ . أو : لا تَنْقُصُ عَدَدَ طلاقِكِ . والثَّانى ، لا يَقَعُ ؛ لأنَّه علَّقَ الطَّلاقَ بصِفَةٍ لم تُوجَدْ ، ولأنَّ ما يُقْصَدُ تَبْعيدُه يُعَلَّقُ على المُحَالِ ، كقولِه[١١٤] :

إذا شابَ الغرابُ أتَـيْتُ أهلى ... وصارَ القَارُ كاللَّبَـنِ الحلـيبِ

/أى لا آتِيهم أبدًا . وقيلَ : إنْ عَلَّقَه على ما يَسْتحيلُ عقلًا ، وقعَ فى الحالِ ؛ لأنَّه لا وُجودَ له ، فلم تُعَلَّقْ به الصِّفَةُ ، وبَقِىَ مُجرَّدُ الطَّلاقِ ، فوقَعَ . وإن عَلَّقَه على مُسْتحيلٍ عادةً ، كالطَّيَرانِ ، وصُعودِ السَّماءِ ، لم يَقَعْ ؛ لأنَّ[١١٥] له وُجودًا[١١٦] ، وقد وُجِدَ جنسُ ذلك فى[١١٧] مُعْجِزاتِ الأنبياءِ عليهم السَّلامُ ، وكراماتِ الأوْلياءِ ، فجازَ تَعْليقُ الطَّلاقِ به ، ولم يَقَعْ قبلَ وُجودِه . فأمَّا إن عَلَّقَ طلاقَها على نَفْيِ فِعْلِ المُسْتحيلِ ، فقال : أنتِ طالقٌ إن لم تَقتُلِى المَيِّتَ . أو : تَصْعَدِى السَّماءَ . طَلُقَتْ فى الحالِ ؛ لأنَّه عَلَّقَه على عَدَمِ ذلك ، وعدَمُهُ معلومٌ فى الحالِ وفى الثانى ، فوقعَ الطَّلاقُ ، كما لو قال : أنتِ طالقٌ إن لم أبِعْ عبدى . فمات العبدُ . وكذلك لو قال : [١١٨]أنتِ طالقٌ[١١٨] لأشْرَبَنَّ الماءَ الذى فى الكُوزِ . ولا ماءَ فيه . أو : لأقتُلَنَّ المَيِّتَ . وقعَ الطَّلاقُ فى الحالِ ، لما ذكَرْناه . وحَكَى أبو

(٢٢/٨ و)

---

(١١٢) سقط من : الأصل ، ا ، ب .

(١١٣) سقطت الواو من : ا ، ب ، م .

(١١٤) البيت فى : حلية الأولياء ٧ / ٢٨٩ ، ونقله عنه الدميرى ، فى : حياة الحيوان الكبرى ٢ / ١١٠ . ولم ينسباه .

(١١٥) فى م : « لأنه » .

(١١٦) فى م : « وجود » .

(١١٧) سقط من : ب ، م .

(١١٨-١١٨) سقط من : الأصل .

الخطَّابِ ، عن القاضى ، أنَّه لا يَقَعُ طلاقُه ، كما لو حَلَفَ لَيَصْعَدَنَّ السَّماءَ ، أو لَيَطِيرَنَّ ، فإنَّه لا يَحْنَثُ . والصَّحيحُ أنَّه يَحنَثُ ؛ فإنَّ الحالِفَ على فِعْلِ المُمْتَنِعِ كاذِبٌ حانِثٌ ، قال اللهُ تعالى : ﴿ وَأَقْسَمُواْ بِاللَّهِ جَهْدَ أَيْمَـٰنِهِمْ لَا يَبْعَثُ اللَّهُ مَن يَمُوتُ ﴾ . إلى قوله : ﴿ وَلِيَعْلَمَ الَّذِينَ كَفَرُوٓاْ أَنَّهُمْ كَانُواْ كَـٰذِبِينَ ﴾[119] . ولو حَلَفَ على فِعْلِ مُتَصَوَّرٍ ، فصار مُمْتَنِعًا ، حَنِثَ بذلك ، فَلأَنْ يَحْنَثَ بكونِه مُمْتنعًا حالَ يَمِينِه أولَى .

فصل : وإذا حَلَفَ : لاشَرِبتُ مِن هذا النَّهرِ . فاغترفَ منه ، وشَرِبَ ، حَنِثَ . وإن حَلَفَ : لاشَرِبتُ من هذا الإناءِ . فصَبَّ منه فى إناءٍ آخرَ ، وشَرِبَ ، وكان الإناءُ كبيرًا لا يُمْكِنُ الشُّرْبُ به ، حَنِثَ أيضًا ، وإن كان الشُّرْبُ به مُمْكِنًا ، لم يَحْنَثْ ؛ لأنَّ الإناءَ الصَّغيرَ آلةٌ للشُّربِ ، فتَنْصَرِفُ يَمينُه إلى الشُّرْبِ به ، بخلافِ النَّهْرِ والإناءِ الكبيرِ ، فإنَّه لا تَنْصرِفُ يَمِينُه إلَّا إلى الشُّرْبِ مِن مائِه . ولو حَلَفَ لا يَشرَبُ مِن بَرَدَى ، فشَرِبَ مِن نَهرٍ يَأخذُ منه ، لم يَحْنَثْ . وإن حَلَفَ لا يَشربُ مِن ماءِ بَرَدَى ، فشَرِبَ مِن نَهْرٍ يَأخذُ منه ، حَنِثَ . ذكرَ نحوَ ذلك القاضى ؛ لأنَّ بَرَدَى اسمٌ لمكانٍ خاصٍّ ، فإذا تجاوزَهُ[120] إلى مكانٍ سِواهُ ، فشَرِبَ منه ، فما شَرِبَ من بَرَدَى ، وإذا كانتْ يَمِينُه على مائِه ، فماؤُه ماؤُه حيثُ كانَ ، وأينَ نُقِلَ . وكذلك[121] لو حَلَفَ لا يَأكُلُ من تَمرِ البَصْرَةِ ، فأكلَه فى غيرِها ، حَنِثَ . وإن اغترفَ مِن بَرَدَى بإناءٍ ، ونقلَه إلى مكانٍ آخرَ ، فشَرِبَه ، حَنِثَ فى المسْألتينِ جميعًا ؛ لأنَّ اغترافَ الماءِ من بَرَدَى . ولو حَلَفَ لا يَشربُ من ماءِ الفُراتِ ، لم يَحْنَثْ إلَّا بالشُّربِ من ماءِ النَّهْرِ[122] بالفُراتِ . وإن حَلَفَ لا يَشربُ من ماءٍ فُرَاتٍ ، حَنِثَ بالشُّربِ من كلِّ ماءٍ عَذْبٍ ؛ لأنَّه إذا عَرَّفَه بلامِ التَّعْرِيفِ انْصرَفَ

---

(119) سورة النحل ٣٨ ، ٣٩ .

(120) فى ب ، م : « تجاوز » .

(121) فى الأصل ، ب ، م : « ولذلك » .

(122) سقط من : ب ، م .

إلى النَّهرِ المعروفِ ، وإذا نَكَّره صارَ للعُمومِ ، فيَتناولُ كلَّ ما يُسَمَّى فُراتًا ، وكلُّ عذبٍ فراتٌ ، قال اللهُ تعالى : ﴿ وَأَسْقَيْنَٰكُم مَّآءً فُرَاتًا ﴾[123] . وقال : ﴿ وَمَا يَسْتَوِى ٱلْبَحْرَانِ هَٰذَا عَذْبٌ فُرَاتٌ سَآئِغٌ شَرَابُهُ وَهَٰذَا مِلْحٌ أُجَاجٌ ﴾[124] . ومتى نَوَى بيَمِينِه[125] المُحْتمِلَ الآخَرَ ، انْصرَفَ إليه ، ويُقْبَلُ منه ذلك ؛ لأنَّه قريبٌ لا تَبعُدُ إرادتُه .

فصل : ولو حَلَفَ لا يَشتُمُه ، ولا يُكَلِّمُه في المسجدِ ، ففعلَ ذلك[126] في المسجدِ ، والمحْلوفُ عليه في غيرِه ، حَنِثَ ، وإن فعلَه[127] في غيرِ المسجدِ ، والمحْلوفُ عليه في المسجدِ ، لم يَحْنَثْ . ولو حَلَفَ لا يَضْرِبُه ، ولا يَشُجُّه ، ولا يَقتُلُه في المسجدِ ، ففعلَه ، والحالفُ في المسجدِ ، والمحْلوفُ عليه في غيرِه ، لم يَحْنَثْ ، وإن كان الحالِفُ في غيرِ المسجدِ ، والمحلوفُ عليه في المسجدِ ، حَنِثَ ؛ لأنَّ الشَّتْمَ والكلامَ قولٌ يَستقِلُّ به القائلُ ، فلا يُعتبَرُ فيه حُضورُ المشْتومِ ، فيُوجَدُ مِنَ الشَّاتِمِ في المسجدِ وإن لم يَكُنِ المشْتُومُ فيه ، والكلامُ قولٌ ؛ فهو كالشَّتمِ ، وسائرُ الأفعالِ المذكورةِ فعلٌ مُتَعَدٍّ محلُّه المضروبُ والمقتولُ والمشجوجُ ، فإذا كان مَحَلُّه في غيرِ المسجدِ كان الفعلُ في غيرِه ، فيُعْتَبَرُ محلُّ المفعولِ به . ولو حَلَفَ لَيَقتُلَنَّه يومَ الْجُمُعَةِ ، فجرحَه يومَ الخميسِ ، وماتَ يومَ الجمعةِ . فقال القاضي : لا يَحْنَثُ . وإن جرَحَه يومَ الْجُمُعَةِ فماتَ يومَ السَّبْتِ ، فقال : يَحْنَثُ ؛ لأنَّه لا يَكونُ مقتولًا حتى يموتَ ، فاعْتُبِرَ يومُ مَوْتِه لا يومُ ضَرْبِه . ويَتوجَّهُ أن يكونَ الحُكمُ بالعكسِ في المسْألتينِ ، فيُعْتَبَرُ يومُ جَرْحِه لا يومُ مَوْتِه ؛ لأنَّ القتلَ فعلُ القاتلِ ، ولهذا يَصِحُّ الأمرُ به والنَّهيُ عنه ، قال اللهُ تعالى : ﴿ فَٱقْتُلُوا

---

(123) سورة المرسلات 27 .

(124) سورة فاطر 12 .

(125) في ا ، ب ، م : « يمينه » .

(126) سقط من : ا ، ب ، م .

(127) في الأصل : « حلفه » .

ٱلْمُشْرِكِينَ ﴾[١٢٨] . ﴿ وَلَا تَقْتُلُوٓاْ أَوْلَٰدَكُمْ ﴾[١٢٩] . والأمرُ والنَّهىُ إنَّما يَتَوجَّهُ إلى فعلٍ مُمْكِنٍ فعلُه وتَرْكُه ، وذلك فعلُ الآدمِىِّ مِن الجَرْحِ ونحوِه ، أمَّا الزُّهُوقُ ففِعْلُ اللهِ تعالى لا يُؤْمَرُ به ، ولا يُنْهَى عنه ، ولا سبيلَ للآدمىِّ إلَّا[١٣٠] تعاطِى سَبَبِه ، وهو شَرْطٌ فى القتلِ ، فإذا وُجِدَ تَبَيَّنَّا أنَّ الفِعْلَ المُفْضِىَ إليه كان قتلًا ، ولذلك جازَ تَقْديمُ الكَفَّارةِ بعدَ الجَرْحِ ، وقبلَ الزُّهُوقِ . ولو حَلَفَ لأَقْتُلَنَّه ، [١٣١]فماتَ مِنْ جُرْحٍ كان جَرَحَه ، لم يَبَرَّ . ولو حَلَفَ لا يَقتُلُه[١٣١] ، لم يَحْنَثْ بذلك أيضًا . ويَحتمِلُ أنْ لا يَبَرَّ حتى يُوجَدَ السَّبَبُ والزُّهُوقُ معًا فى يومٍ[١٣٢] ؛ لأنَّ القتلَ لا يَتِمُّ إلَّا بسَبَبِه وشَرْطِه[١٣٣] ، فأمَّا بِنِسْبَتِه إلى الشَّرْطِ وحدَه دُونَ السَّبَبِ ، فبعيدٌ .

٨/٢٣و /**فصل** : إذا قال : مَن بَشَّرَتْنِى بِقُدُومِ أخِى ، فهى طالِقٌ ، فَبَشَّرَتْه إحْداهُنَّ ، وهى صادقةٌ ، طَلُقَتْ ، وإن كانت كاذبةً ، لم تَطْلُقْ ؛ لأنَّ التَّبْشِيرَ خَبَرُ صِدْقٍ ، يَحصُلُ به ما يُغَيِّرُ الْبَشَرَةَ مِن سُرُورٍ أو غَمٍّ . وإن أخْبرَتْه به أُخْرَى ، لم تَطْلُقْ ؛ لأنَّ السُّرورَ إنَّما يَحْصُلُ بالخَبَرِ الأوَّلِ ، فإن كانتِ الأُولَى كاذبةً ، والثَّانيةُ صادقةً ، طَلُقَتِ الثَّانيةُ ؛ لأنَّ السُّرورَ إنَّما يَحْصُلُ بخبرِها ، فكان هو البِشَارَةَ . وإن بَشَّرَه بذلك اثْنتانِ ، أو ثلاثٌ ، أو الأربعُ[١٣٤] فى دَفْعَةٍ واحدةٍ ، طَلُقْنَ كلُّهنَّ ؛ لأنَّ « مَنْ » تَقَعُ على الواحِدِ فما زادَ ، قال اللهُ تعالى : ﴿ فَمَن يَعْمَلْ مِثْقَالَ ذَرَّةٍ خَيْرًا يَرَهُۥ * وَمَن يَعْمَلْ مِثْقَالَ ذَرَّةٍ شَرًّا يَرَهُۥ ﴾[١٣٥] . وقال : ﴿ وَمَن يَقْنُتْ مِنكُنَّ لِلَّهِ وَرَسُولِهِۦ وَتَعْمَلْ صَٰلِحًا نُّؤْتِهَآ أَجْرَهَا مَرَّتَيْنِ ﴾[١٣٦] .

---

(١٢٨) سورة التوبة ٥ .
(١٢٩) سورة الإسراء ٣١ .
(١٣٠) فى ب ، م زيادة : « إلى » .
(١٣١ - ١٣١) سقط من : ب .
(١٣٢) فى الأصل زيادة : « الجمعة » .
(١٣٣) فى م : « وشرط » .
(١٣٤) فى ا : « أربع » .
(١٣٥) سورة الزلزلة ٧ ، ٨ .
(١٣٦) سورة الأحزاب ٣١ .

ولو قال : مَنْ أخبرَتْنِى بقُدُومِ أخى ، فهى طالقٌ . فقال القاضى : هو كالبِشَارَةِ ، لا تَطْلُقُ إلَّا المُخْبِرَةُ الأُولَى الصَّادقةُ دونَ غيرِها ؛ لأنَّ مُرَادَه خَبَرٌ يَحْصُلُ له به العلمُ بِقُدُومِه ، ولا يَحْصُلُ ذلك بكَذِبٍ ، ولا بغيرِ الأَوَّلِ . ويَحْتَمِلُ أن تَطْلُقَ كلُّ مُخْبِرَةٍ ، صادقةً كانتْ أو كاذبةً ، أوَّلًا كانَ أو غيرَه ؛ لأنَّ الخبرَ يَكونُ صِدْقًا وكَذِبًا ، وأوَّلًا ومُكرَّرًا . وهو اختيارُ أبى الخطَّابِ . والأوَّلُ قَوْلُ القاضى . ومذهبُ الشَّافعىِّ على نحوِ هذا التَّفصيلِ .

فصل : وإن قالَ : أوَّلُ مَنْ تَقومُ مِنكُنَّ ، فهى طالقٌ . أو قال لِعَبيدِه : أوَّلُ مَن قامَ مِنْكمْ ، فهو حُرٌّ . فقامَ الكُلُّ دَفْعَةً واحدةً ، لم يَقَعْ طلاقٌ ولا عِتْقٌ ؛ لأنَّه لا أوَّلَ فيهم . وإن قامَ واحدٌ أو واحدةٌ ، ولم يَقُمْ بعدَه أحدٌ ، احْتَمَلَ وَجْهَيْنِ ؛ أحدُهما ، يَقَعُ الطَّلاقُ أو العِتْقُ[١٣٧] ؛ لأنَّ الأوَّلَ ما لم يَسْبِقْه شىءٌ ، وهذا كذلك . والثَّانى ، لا يَقَعُ طلاقٌ ولا عِتْقٌ ؛ لأنَّ الأوَّلَ ما كان بعدَه شىءٌ ، ولم يُوجَدْ . فعلى هذا لا يُحْكَمُ بوُقوعِ ذلك ولا انْتفائِه ، حتى يَتَبَيَّنَ من قيامِ أحدٍ منهم بعدَه ، فَتَنْحَلَّ يَمِينُه ، وإن قامَ اثنانِ ، أو ثلاثةٌ ، دَفْعَةً واحدةً ، وقامَ بعدَهم[١٣٨] آخَرُ ، وقَعَ الطَّلاقُ والعِتْقُ بالجماعةِ الَّذينَ قامُوا فى الأوَّلِ ؛ لأنَّ الأوَّلَ يَقَعُ على الكثيرِ والقليلِ ، قال اللهُ تعالى : ﴿ وَلَا تَكُونُوٓاْ أَوَّلَ كَافِرِۭ بِهِۦ ﴾[١٣٩] . وحُكِىَ عن القاضى فى مَن قال : أوَّلُ مَنْ يَدخلُ مِن عَبيدِى ، فهو حُرٌّ . فدخلَ اثنانِ دَفْعَةً واحدةً ، ثم دخلَ بعدَهما[١٤٠] ثالثٌ ، لم يَعْتِقْ واحدٌ منهم . وهذا بعيدٌ ؛ فإنَّهم قد دخلَ بعضُهم بعدَ بعضٍ ، ولا أوَّلَ فيهم ، وهذا لا يَستقيمُ إلَّا أن يَكونَ قالَ : أوَّلُ مَن يَدخلُ منكم وَحْدَه . ولم يَدخلْ بعدَ / الثَّالثِ أحدٌ ؛ فإنَّه لو دخلَ بعدَ الثالثِ أحدٌ ، عَتَقَ الثَّالثُ ، لكَوْنِه أوَّلَ مَنْ دَخَلَ وحدَه ، وإذا لم يَقُلْ وحدَه ، فإنَّ لفظَةَ الأوَّلِ

٨/٢٣ ظ

---

(١٣٧) فى م : « والعتق » .

(١٣٨) فى الأصل : « بعده » .

(١٣٩) سورة البقرة ٤١ .

(١٤٠) فى الأصل ، ا : « بعدهم » .

تَتناولُ الجماعـةَ كما ذَكَرْنـا ، وقـال النَّبـىُّ ﷺ : « أَوَّلُ مَنْ يَدْخُـلُ الْجَنَّـةَ فُقَـرَاءُ الْمُهَاجِرِينَ »[١٤١] . ولو قالَ : آخِرُ مَن يَدْخلُ مِنكُنَّ الدَّارَ ، فهى طالـقٌ . فدخـلَ بعضُهُنَّ ، لم يُحْكَمْ بطَلَاقِ واحدةٍ مِنهُنَّ ، حتى يَتَبَيَّنَ من دُخولِ غيرِها بمَوْتِه ، أو مَوْتِهنّ ، أو غيرِ ذلك ، فيَتَبَيَّنُ وُقوعُ الطلاقِ بآخِرِهِنَّ دخولًا ، من حينَ دخلتْ ، وكذلك الْحُكْمُ فى العِتْقِ .

فصل : وإذا حَلَفَ يمينًا على فِعْلٍ بلفظٍ عامٍّ ، وأرادَ به شيئًا خاصًّا ؛ مثل أن حَلَفَ لا يَغتسِلُ اللَّيلةَ ، وأرادَ من[١٤٢] الجنابةِ ، أو : لاقَرُبْتِ لى فراشًا . وأرادَ تَرْكَ جِمَاعِها . أو قال : إن تَزَوَّجْتُ ، فعبِدى[١٤٣] حُرٌّ . وأرادَ امرأةً مُعَيَّنَةً . أو قال : إن دخلَ إلىَّ رجلٌ . أو قال : أحدٌ ، فامرأتى طالقٌ . وأرادَ رجلًا بعَيْنِه . أو حَلَفَ لا يأكلُ خُبْزًا . يُريدُ خُبْزَ الْبُرِّ . أو لا يَدخلُ دارًا ، يُريدُ دارَ فلانٍ . أو قال : إن خَرَجْتِ فأنتِ طالقٌ . يُريدُ الخروجَ إلى الحَمَّامِ . أو قال : إن مَشَيْتِ . وأرادَ اسْتِطْلَاقَ البَطْنِ ؛ فإنَّ ذلك يُسَمَّى مَشْيًا ، قالَ النَّبىُّ ﷺ لامرأةٍ : « بِمَ[١٤٤] تَسْتَمْشِينَ »[١٤٥] . ويُقالُ : شَرِبتُ مَشْيًا ، ومَشْوًا . إذا شَرِبَ دواءً يُمْشِيه ، فإنَّ يَمِينَه فى ذلك على ما نَواهُ ، ويَدينُ فيما بينه وبينَ اللهِ تعالى . وهل يُقبَلُ فى الحُكْمِ ؟ يُخَرَّجُ على روايتَيْنِ . قال أحمدُ فى الظِّهارِ ، فى مَن قال لامرأتِه : إن قَرُبْتِ لى فراشًا ، فأنتِ علىَّ كظهرِ أُمِّى ، فجاءتْ فقامَتْ على فِرَاشِه ، فقال : أَرَدْتُ الجِمَاعَ . لا يَلزمُه شىءٌ . وقال الشَّافعىُّ ، ومحمدُ بنُ الحسنِ : لا يُقْبَلُ قولُه فى الحُكْمِ فى هذا كلِّه ؛ لأنَّه خلافُ الظَّاهِرِ . ولَنا ، أنَّه فَسَّرَ كلامَه بما يَحْتمِلُه ، فقُبِلَ ، كما لو قال :

---

(١٤١) أخرجه الإمام أحمد ، فى : المسند ٢ / ١٦٨ .

(١٤٢) سقط من : ب ، م .

(١٤٣) فى الأصل ، م : « فعبد » .

(١٤٤) فى ب : « ما » . وفى م : « ثم » .

(١٤٥) أخرجه الترمذى ، فى : باب ما جاء فى السنا ، من كتاب الطب . عارضة الأحوذى ٨ / ٢٣٤ . وابن ماجه ، فى : باب دواء المشى ، من كتاب الطب . سنن ابن ماجه ٢ / ١١٤٥ .

أنتِ طالقٌ ، أنتِ طالقٌ . وقال : أردتُ بالثَّانيةِ التَّوكيدَ .

فصل : وإن حَلَفَ يَمِينًا عامّةً ، لسَبَبٍ خاصٍّ ، وله نِيَّةٌ ، حُمِلَ عليها ، ويُقْبَلُ قَوْلُه فى الحُكْمِ ؛ لأنَّ السَّبَبَ دَلِيلٌ على صِدْقِه . وإن لم يَنْوِ شيئًا ، فقد رُوِىَ عن أحمد ما يدُلُّ على أنَّ يَمِينَه تَخْتصُّ بما وُجِدَ فيه السَّببُ . وذكره الخِرَقِىُّ ، فقال : فإنْ لم يَكُنْ له نِيَّةٌ ، رُجِعَ إلى سَبَبِ اليَمينِ وما هَيَّجَها . فظَاهِرُ هذا أنَّ يَمِينَه مَقْصُورَةٌ على محلِّ السَّببِ . وهذا قولُ أصْحَابِ أبى حَنِيفةَ . ورُوِىَ[146] عن أحمدَ ما يدُلُّ على أنَّ يَمِينَه تُحْمَلُ على العُمُومِ ؛ فإنَّه قال ، فى مَن قال : للهِ علىَّ أنْ لا أُصِيدَ فى هذا النَّهرِ . لظُلْمٍ رَآهُ ، فتغيَّرَ حَالُه ، فقال : النَّذْرُ يُوَفَّى به . وذلك / لأنَّ اللَّفْظَ دَلِيلُ الحُكْمِ ، فيَجبُ الاعتِبارُ به فى الخُصُوصِ والعُمُومِ ، كما فى لفْظِ الشَّارِعِ . ووَجْهُ الأوَّلِ ، أنَّ السَّببَ الخَاصَّ يَدُلُّ على قَصْدِ الخُصُوصِ ، ويقُومُ مَقامَ النِّيَّةِ عند عَدَمِها ؛ لِدلالَتِه عليها ، فوَجَبَ أن يخْتَصَّ به اللَّفْظُ العَامُّ كالنِّيَّةِ ، وفارقَ لفْظَ الشَّارِعِ ؛ فإنَّه يُرِيدُ بيانَ الأَحْكامِ ، فلا يَخْتَصُّ بمحلِّ السَّببِ ، لكَوْنِ الحاجَةِ داعِيةً إلى معْرِفةِ الحُكمِ فى غيرِ محلِّ السَّببِ . فعلى هذا ، لو قامتِ امْرَأَتُه لتَخْرُجَ ، فقال : إنْ خَرَجْتِ فأنتِ طالِقٌ . فرجَعَتْ ، ثم خَرَجَتْ بعد ذلك ، أو دَعَاه إنسانٌ إلى غَدائِه ، فقال : امرَأَتِى طالِقٌ إنْ تَغَدَّيْتُ. ثم رَجَعَ فتغَدَّى فى منزِله ، لم يَحْنَثْ على الأوَّلِ ، ويَحْنَثُ على الثَّانِى . وإنْ حَلَفَ لعَامِلٍ أنْ لا يخْرُجَ إلَّا بإذْنِه ، أو حَلَفَ بذلك على امرَأَتِه أو مَمْلُوكِهِ ، فعزَلَ العامِلَ ، وطَلَّقَ المرأَةَ ، وبَاعَ المَمْلُوكَ ، أو حَلَفَ على وَكيلٍ فعزَلَه ، خُرِّجَ فى ذلك كُلِّه وَجْهَانِ .

فصل : وإنْ قال : إنْ دَخَلَ دارِى أحدٌ ، فامرَأَتِى طالِقٌ . فدَخَلَها هو . أو قال لإنسانٍ : إنْ دَخَلَ دَارَكَ أحدٌ ، فعبْدِى حُرٌّ . فدخَلَها صاحِبُها ، فقال القاضِى : لا يَحْنَثُ ؛ لأنَّ قرِينَةَ حالِ المُتكلِّمِ تدُلُّ على أنَّه إنَّما يَحْلِفُ على غيرِه ، ويَمْنَعُ مَنْ سِواهُ ، فيخْرُجُ هو مِن العُمُومِ بالقَرِينةِ ، ويَخْرُجُ المُخاطَبُ من اليمينِ بها أيضًا . ويَحتمِلُ

٨/٢٤و

(١٤٦) فى الأصل : « ويروى » .

الحِنْثَ[147] أخْذًا بعُمُومِ اللَّفْظِ ، وإعْرَاضًا عن السَّببِ ، كما فى التى قبلَها .

فصل : وإذا قال لامرأته : إنْ وَطِئْتُك فأنتِ طَالِقٌ . انْصَرفَتْ يَمِينُه إلى جماعِها . وقال محمدُ بن الحسنِ : يَمِينُه على الوَطْءِ بالقَدَمِ ؛ لأنَّه الحقِيقَةُ . وحُكِىَ عنه[148] أنَّه لو قال : أَرَدْتُ به الجِماعَ . لم يُقبَلْ فى الحُكْمِ . ولَنا ، أنَّ الوَطْءَ إذا أُضِيفَ إلى المَرْأةِ ، كان فى العُرْفِ عبارةً عن الجماعِ ؛[149] ولهذا يُفْهَمُ منه الجماعُ[149] فى لفظِ الشَّارعِ ، فى مثلِ قَوْلِ النَّبِىِّ ﷺ : « لَا تُوطَأُ حَامِلٌ حَتَّى تَضَعَ ، وَلَا حَائِلٌ[150] حَتَّى تُسْتَبْرَأَ بحَيْضَةٍ »[151] . فيَجبُ حَمْلُه عندَ الإِطْلاقِ عليه ، كسائرِ الأسماءِ العُرْفِيَّةِ ، من الظَّعِينَةِ ، والرَّاوِيَةِ ، وأشْباهِهما . ولا يَحْنَثُ حتى تَغِيبَ الحَشَفَةُ فى الفَرْجِ . وإن حَلَفَ لَيُجامِعُها ، أو لا يُجامِعُهما ، انْصرفَ إلى الوَطْءِ فى الفَرْجِ ، ولم[152] يَحْنَثْ بالجِماعِ دُونَ الفَرْجِ ، وإنْ أنزلَ ؛ لأنَّ مَبْنَى الأَيْمانِ على العُرْفِ ، والعُرفُ[153] ما قُلْناه . وإن / حَلَفَ لافْتَضَضْتُكِ ، فافْتَضَّها بأُصْبُعٍ ، لم يَحْنَثْ ؛ لأنَّ المعهودَ مِن إطْلاقِ هذه اللَّفظةِ وَطْءُ البِكْرِ . وإن حلفَ على امرأةٍ لا يَمْلِكُها ، أنْ لا يَنْكِحَها ، فيَمِينُه على العَقْدِ ؛ لأنَّ إطْلاقَ النِّكاحِ يَنْصرِفُ إليه . وإنْ كان مالكًا لها بنِكاحٍ أو مِلْكِ يَمِينٍ ، فهو على وَطْئِها ؛ لأنَّ قَرِينةَ الحالِ صارِفةٌ عن العَقْدِ عليها ؛ لكَوْنِها مَعْقودًا عليها .

٢٤/٨ ظ

فصل : وإنْ قال : إنْ أمرتُكِ فخالَفْتِيني[154] ، فأنتِ طالقٌ . ثم نَهاها ، فخالفَتْه ، فقال أبو بكرٍ : لا يَحْنَثُ . وهو[155] قولُ الشَّافعىِّ ؛ لأنَّها خالَفتْ نَهْيَه لا أمْرَه . وقال

---

(١٤٧) فى م : « أن يحنث » .

(١٤٨) سقط من : ب ، م .

(١٤٩-١٤٩) سقط من : ب .

(١٥٠) فى الأصل : « حائض » تحريف .

(١٥١) تقدم تخريجه فى : ١ / ٤٤٤ .

(١٥٢) فى ب : « ولا » .

(١٥٣) فى ا زيادة : « ههنا » .

(١٥٤) فى ا ، ب ، م : « فخالفتنى » .

(١٥٥) فى ا : « وهذا » .

أبو الخطّاب : يَحْنَثُ ، إذا قصدَ أنْ لا تُخالِفَه ، أو لم يَكُنْ مِمَّنْ يَعرفُ حقيقةَ الأمرِ والنَّهْى ؛ لأنَّه إذا كان كذلك ، فإنَّما يُرِيدُ نَفْىَ المُخالَفَةِ . ويَحْتَمِلُ أن تَطْلُقَ بكُلِّ حالٍ ؛ لأنَّ الأمْرَ بالشَّىءِ نَهْىٌ عن ضِدِّه ، والنَّهْىَ عنه أمرٌ بضدِّه ، فقد خالفَتْ أمرَه . وإنْ قال لها : إنْ نَهَيْتِنى عن نَفْعِ أُمِّى ، فأنتِ طالِقٌ . فقالت له : لا تُعْطِها مِن مالى شيئًا . لم يَحْنَثْ ؛ لأنَّ إعطاءَها مِن مالِها لا يَجوزُ ، (156) ولا يَجوزُ (156) النَّفعُ به ، فيكونُ هذا النَّفْعُ مُحَرَّمًا ، فلا يَتناوَلُه يَمِينُه . ويَحتمِلُ أنْ يَحْنَثَ ؛ لأنَّه نَفْعٌ ، ولفظُه عامٌّ ، فَيَدْخُلُ المُحَرَّمُ فيه .

فصل : فإن قال لامرأتِه : إنْ خرجْتِ إلى غيرِ الحَمَّامِ ، فأنتِ طالقٌ . فخرجَتْ إلى غيرِ الحَمّامِ ، طَلُقَتْ ، سَواءٌ عدَلتْ إلى الحمَّامِ ، أو لم تَعدِلْ . وإنْ خرجتْ إلى الحمَّامِ ، ثم عَدَلَتْ إلى غيرِه ، فقياسُ المذهبِ أنَّه يَحْنَثُ ؛ لأنَّ ظاهرَ هذه اليَمِينِ المَنْعُ مِن غيرِ الحمَّامِ ، فكيْفما صارتْ إليه حَنِثَ ، كما لو خالَفَتْ لَفْظَه . ويَحتمِلُ أنْ لا يَحْنَثَ . وهو قولُ الشَّافعىِّ ؛ لأنَّها لم تَفعلْ (157) ما حَلَفَ عليه (157) ويَتناوَلُه لفظُه . وإن خرجتْ إلى الحَمَّامِ وغيرِه ، وجَمَعَتْهما فى القَصْدِ ، ففيه وَجْهانِ ؛ أحدُهما ، يَحْنثُ ؛ لأنَّها خرَجتْ إلى غيرِ الحمَّامِ ، وانْضَمَّ إليه غيرُه ، فَحَنِثَ بما حَلَفَ عليه ، كما لو حلفَ لا يُكلِّمُ زيدًا ، فكلَّمَ زيدًا وعمرًا . والثّانى ، لا يَحْنَثُ ؛ لأنَّها ما خَرَجَتْ إلى غيرِ الحمَّامِ ، بل الخُروجُ مُشترَكٌ . ونَقَلَ الفَضْلُ بنُ زيادٍ ، عن أحمدَ ، أنَّه سُئِلَ : إذا حَلَفَ بالطَّلاقِ أنْ لا يَخْرُجَ مِن بغدادَ إلَّا لِنُزْهَةٍ . فخرجَ إلى النُّزهةِ ، ثم مَرَّ (158) إلى مكَّةَ ، فقال : النُّزهةُ لا تَكونُ إلى مكةَ . فظاهرُ هذا أنَّه أحْنَثَه ، ووَجْهُه ما تَقدَّمَ ، وقال ، فى رجُلٍ حلفَ بالطَّلاقِ أنْ لا يَأتِىَ أرْمِينيةَ (159) إلَّا بإذْنِ امرأتِه . فقالت له (160) امرأتُه : اذهبْ حيثُ

(156 - 156) سقط من : الأصل .

(157 - 157) فى ب : « المحلوف » .

(158) سقط من : ب .

(159) أرمينية : اسم لصقع عظيم واسع فى جهة الشمال [شمال غربى آسيا] . معجم البلدان 1 / 219 . وتقع الآن فى الاتحاد السوفيتى .

(160) سقط من : ا ، ب ، م .

شئتَ . فقال : لا ، حتى تقولَ : إلى أَرْمِينيةَ . والصّحيحُ أنَّها[١٦١] متى أَذِنَتْ له إذنًا عامًّا ، لم يَحْنَثْ . قال القاضى : وهذا من[١٦٢] كلامِ أحمدَ ، محمولٌ على أنَّ هذا خَرَجَ مَخْرَجَ الغضَبِ والكَرَاهةِ ، ولو قالتْ هذا بِطِيبِ قَلْبِها ، كان إذْنًا منها ، وله الخُروجُ ، وإنْ كان بلفظٍ عامٍّ .

٨/٢٥و **فصل** : فإنْ حَلَفَ لَيَرْحَلَنَّ مِن هذه الدّارِ ، أو لَيَخْرُجَنَّ مِن هذه المدينةِ . ففعلَ / ثم عادَ إليها ، لم يَحْنَثْ ، إلَّا أن تكونَ نِيَّتُه أو سببُ يمينِه يَقْتضِى عَدَمَ الرُّجوعِ إليها ؛ لأنَّ الحَلِفَ على الخُروجِ والرَّحيلِ ، وقد فَعَلَهما . وقد نَقَلَ عنه إسماعيلُ بنُ سعيدٍ ، إذا حلفَ على رجُلٍ أنْ يَخرُجَ مِن بغدادَ ، فخرجَ ثم رجَعَ : قد مَضَت يَمينُه ، لا شىءَ عليه . ونقلَ عنه مُثَنًّى بنُ جامعٍ ، فى من قال لامرأتِه : أنتِ طالقٌ ، إنْ لم نَرْحَلْ مِن هذه الدّارِ : إنْ[١٦٣] لم يُدْرِكْه الموتُ ، ولم يَنْوِ شيئًا ، هى إلى أن تموتَ ، فإن رحلَ لم يَرجِعْ . ومعنى هذا ، أنَّه إنْ أدْرَكَه الموتُ قبلَ إمكانِ الرَّحِيلِ ، لم يَحْنَثْ ، وإن أمكنَه الرَّحيلُ ، فلم يَفعلْ ، لم يَحنثْ حتى يموتَ أحدُهما ، فيَقَعَ بها الطَّلاقُ فى آخرِ أوْقاتِ الإمكانِ . وأمَّا قولُه : إن رحلَ لم يَرجِعْ . فمَحْمُولٌ على مَن كان لِيَمِينِه سببٌ يَقْتضِى هِجْرانَ الدَّارِ على الدَّوامِ . ونقل مُهَنًّا ، فى رجُلٍ قال لامرأتِه : إن وَهَبْتِ كذا فأنتِ طالقٌ . فإذا هى قد وَهَبَتْهُ[١٦٤] . قال : أخافُ أن يَكونَ قد حَنِثَ . قال القاضى : هذا مَحْمولٌ على أنَّه قال : إن كُنتِ وهَبْتِيه[١٦٥] . وإلَّا فلا يَحْنَثُ حتى تَبْتَدِئَ هِبتَه ؛ لأنَّ اليَمينَ تَقْتضِى فِعلًا مُسْتَقْبَلًا يَحْنَثُ به ، وما فعلَتْ ما حَلَفَ عليه بعدَ يَمينِه . ونُقِلَ عنه أيضًا ، فى رجلٍ قال لامرأتِه : إن رأيتُك تَدخُلينَ الدّارَ ، فأنتِ طالقٌ : فهو على نِيَّتِه ، إن أرادَ أنْ لا تَدْخُلَها

---

(١٦١) فى ا ، ب ، م : « أنه » .

(١٦٢) سقط من : م .

(١٦٣) سقط من : ب .

(١٦٤) فى ب ، م : « وهبت » .

(١٦٥) فى ا ، م : « وهبته » .

حَنِثَ ، وإنْ كان نَوَى إذا رآها ، لم يَحْنَثْ حتى يَراها تَدخُلُ . وهو كما قال ؛ فإنَّ مَبْنَى اليَمِينِ على النِّيَّاتِ ، سِيَّما والرُّؤْيَةُ تُطْلَقُ على العِلمِ ، كقولِ اللهِ تعالى : ﴿ أَلَمْ تَرَ كَيْفَ فَعَلَ رَبُّكَ بِعَادٍ ﴾[166] . ونحوِه . ومتى لم تَكُنْ له نِيَّةٌ ولا [167] هناكَ سَبَبٌ [167] يَدُلُّ على إرادتِه مَنْعَ[168] الدُّخولِ بِمُجَرَّدِه ، لم يَحْنَثْ حتى يَراها تَدخُلُ الدّارَ ؛ لأنَّه الذى تناولَه لَفْظُه[169] . ونَقَلَ عنه المَرُّوذِىُّ ، فى رجُلٍ أقْرَضَ رجلًا دَرَاهِمَ ، فحلَفَ أن لا يَقْبَلَها ، وكان الرَّجُلُ مَيِّتًا : تُعْطَى الوَرَثَةَ . يعنى إذا ماتَ الحالِفُ يُوَفَّى الورثةُ ، ولا يَبْرأُ بيَمِينِه[170] ؛ لأنَّها ليستْ إبْراءً ، فلا يَسْقُطُ الحقُّ بها .

فصل : ولو قال : امْرأتِى طالقٌ ، إن كُنتُ أَمْلِكُ إلَّا مائةً . وكان يَملِكُ أكثرَ مِن مائةٍ ، أو أقلَّ ، حَنِثَ . فإنْ نَوَى أنِّى لا أمْلِكُ أكثرَ من مائةٍ ، لم يَحْنَثْ بِمِلْكِ ما دُونَها . وإن قال : إن كُنتُ أملكُ أكثرَ من مائةٍ ، فامرأتى طالقٌ . وكان يَمْلِكُ أقلَّ من المائةِ ، لم يَحْنَثْ ؛ لأنَّه صادقٌ .

فصل : فإن قال لامرأتِه : يا طالقُ ، أنتِ طالقٌ إن دخَلْتِ الدّارَ . [171] طَلُقَتْ واحدةً[171] بقولِه : يا طالقُ . وبَقِيَتْ أُخرَى مُعَلَّقةً بدُخولِ الدّارِ . ولو قال : أنتِ طالقٌ ثلاثًا يا طالقُ ، إن دخلْتِ الدّارَ . فإن كانت له نِيَّةٌ /، رُجِعَ إليها ، وإلَّا وقَعتْ واحدةٌ بالنداءِ ، وبَقِيَتِ الثّلاثُ مُعلَّقةً على دُخولِ الدّارِ . وكذا لو قال : أنتِ طالقٌ يا زانيةُ ، إن دخلْتِ الدّارَ . وعادَ الشَّرْطُ إلى الطَّلاقِ ، دُونَ القَذْفِ . وقال محمدُ بنُ الحَسنِ : يَرْجِعُ الشَّرْطُ إليهما فى المسْألتينِ ، فلا يَقعُ بها فى الحالِ شىءٌ . والأَوْلَى أن يَرْجِعَ الشَّرْطُ إلى الخبرِ

٨/٢٥ ظ

---

(١٦٦) سورة الفجر ٦ .

(١٦٧-١٦٧) فى م : « سبب هناك » .

(١٦٨) فى م : « مع » .

(١٦٩) فى ب : « اللفظ » .

(١٧٠) فى ب : « يمينه » .

(١٧١ - ١٧١) فى حاشية الأصل : « وقعت طلقة » .

الذى يَصحُّ فيه التَّصْديقُ والتَّكْذيبُ ، وجرتِ العادةُ بتَعْليقِه بالشَّرْطِ ، بخلافِ النِّداءِ والقَذْفِ ، الذى لا يُوجَدُ ذلك فيه .

فصل : فإن قال لامرأتِه : أنتِ طالقٌ مَرِيضة . بالنَّصبِ ، أو الرَّفعِ ، ونَوَى به وَصْفَها بالمرضِ فى الحالِ ، طَلُقَتْ فى الحالِ . وإن نَوَى به أنتِ طالقٌ فى حالِ مَرَضِكِ . لم تَطْلُقْ حتى تَمْرَضَ ؛ لأنَّ هذا حالٌ ، والحالُ مفْعولٌ فيه ، كالظَّرفِ ، ويَكونُ الرَّفعُ لَحْنًا ؛ لأنَّ الحالَ منصوبٌ . وإنْ أطْلَقَ ونَصَبَ ، انصرفَ إلى الحالِ ؛ لأنَّ مريضةً اسمٌ نكرةٌ ، جاء بعدَ تمامِ الكلامِ وصفًا لمعرفة ، فيَكونُ حالًا ، وإن رَفَعَ ، فالأَوْلَى وقوعُ الطَّلاقِ فى الحالِ ، ويَكونُ ذلك وصفًا لطالقٍ ، الذى هو خَبَرُ المُبتَدَأ ، وإن أسْكَنَ احتَمَلَ وَجْهين ؛ أحدُهما ؛ وقوعُ الطَّلاقِ فى الحالِ ؛ (١٧٢)لأنَّ قولَه : أنت طالقٌ . يَقْتضِى وقوعَ الطَّلاقِ فى الحالِ(١٧٢) ، فقد تَيَقَّنَّا وُجودَ المُقْتَضِى ، وشَكَكْنا فيما يَمْنعُ حُكْمَه(١٧٣) ، فلا نَزُولُ عن اليَقينِ بالشَّكِّ . والثَّانى ، لا يَقعُ إلَّا فى حالِ مَرَضِها ؛ لأنَّ ذِكْرَه للمرَضِ فى سِيَاقِ الطَّلاقِ يدلُّ على تَعلُّقِه(١٧٤) به ، وتأْثيرِه فيه ، ولا يُؤثِّرُ فيه إلَّا إذا كان حالًا .

١٢٧٤ – مسألة ؛ قال : (وَإِذَا قَالَ لَهَا(١) : أَنْتِ طَالِقٌ إِذَا قَدِمَ فُلَانٌ . فَقُدِمَ بِهِ مَيِّتًا ، أَوْ مُكْرَهًا ، لَمْ تَطْلُقْ)

أَمَّا إذا قُدِمَ به مَيِّتًا ، أو مُكرَهًا محمولًا ، فلا تَطْلُقُ ؛ لأنَّه لم يَقْدَمْ ، إنَّما قُدِمَ به . وهذا قولُ الشَّافعىِّ . ونُقِلَ عن أبى بكرٍ ، أنَّه يَحْنَثُ ؛ لأنَّ الفِعْلَ يُنْسَبُ إليه ، ولذلك يُقالُ : دَخَلَ الطَّعامُ البلدَ . إذا حُمِلَ إليه . ولو قال : أنتِ طالقٌ إذا دخلَ الطَّعامُ البلدَ . طَلُقَتْ إذا

(١٧٢ – ١٧٢) سقط من : الأصل . نقل نظر .

(١٧٣) فى م : « لحكمه » .

(١٧٤) فى ا ، م : « تعليقه » .

(١) سقط من : م .

حُمِلَ إليه . ولَنا ، أنَّ الفِعْلَ ليس منه ، والفعلُ لا يُنْسَبُ إلى غيرِ فاعِلِه إلَّا مَجازًا ، والكلامُ عند إطْلاقِه [٢]لحقيقتِه إذا أمْكَنَ ، وأمَّا الطَّعامُ ، فلا يُمْكِنُ وجودُ الفعلِ منه[٢] حقيقةً ، فتعَيَّنَ حَمْلُ الدُّخولِ فيه على مَجازِه . وأمَّا إن قَدِمَ بنفسِه لإكْراهٍ ، فعَلَى قولِ الخِرَقِيِّ : لا يَحْنَثُ . وهو أحدُ الوَجْهينِ لأصْحابِ الشَّافعيِّ . وقال أبو بكرٍ : يَحْنَثُ . وحَكاه عن أحمدَ ؛ لأنَّ الفعلَ منه حقيقةً ، ويُنْسَبُ إليه ، قال اللهُ تعالى : ﴿ وَسِيقَ ٱلَّذِينَ كَفَرُوٓاْ إِلَىٰ جَهَنَّمَ زُمَرًا حَتَّىٰٓ إِذَا جَآءُوهَا ﴾[٣] . ويَصِحُّ أمْرُ المُكْرَه بالفعلِ ، قال اللهُ تعالى : ﴿ ٱدْخُلُوٓاْ أَبْوَٰبَ جَهَنَّمَ ﴾[٤] . ولولا أنَّ الفعلَ يَتحقَّقُ منه ، لما صَحَّ أمرُه به . / ووجهُ الأوَّلِ ، أنَّه بالإكْراهِ زالَ اختيارُه ، فإذا وُجِدَتِ الصِّفَةُ منه ، كان كوُجودِ الطَّلاقِ منه مُكْرَهًا ، وهذا فيما إذا أطْلَقَ . وإن كانت له نِيَّةٌ ، حُمِلَ عليها كلامُه ، وتَقَيَّدَ بها .

٢٦/٨و

فصل : وإن قَدِمَ مُخْتارًا ، حَنِثَ الحالفُ ، سواءٌ عَلِمَ القادمُ باليَمِينِ أو جَهِلَها . قال أبو بكرٍ الخَلَّالُ : يَقعُ الطلاقُ ، قولًا واحدًا . وقال أبو عبدِ اللهِ ابنُ حامدٍ : إن كان القادمُ ممَّن لا يَمْتنِعُ مِن القُدُومِ بيَمينِه ، كالسُّلطانِ ، والحاجِّ ، والرجُلِ الأجْنَبِيِّ ، حَنِثَ الحالفُ ، ولا يُعْتبَرُ عِلْمُه ولا جَهْلُه ، وإن كان ممَّن يَمْتنِعُ باليمينِ[٥] من القُدُومِ ، كقَرابةٍ لهما ، أو لأحدِهما ، [٦]أو غلامٍ لأحدِهما[٦] ، فجهِلَ اليمينَ ، أو نَسِيَها ، فالحُكْمُ فيه كما لو حَلَفَ على فِعْلِ نفسِه ، ففَعَلَه ناسيًا أو جاهِلًا ، وفى ذلك رِوايتانِ ، كذلك هٰهُنا ؛ وذلك لأنَّه إذا لم يَكُنْ ممَّن تَمْنَعُه اليمينُ ، كان تَعْليقًا للطَّلاقِ على صِفَةٍ ، ولم يكن يَمِينًا ، فأشْبَهَ ما لو علَّقَه على طلوعِ الشَّمسِ ، وإن كان ممَّن يَمْتنِعُ ، كان يمينًا ، فيُعذَرُ

(٢ - ٢) سقط من : الأصل .

(٣) سورة الزمر ٧١ .

(٤) سورة الزمر ٧٢ .

(٥) فى ب : « من اليمين » .

(٦ - ٦) سقط من : الأصل .

فيها[7] بالنِّسْيانِ والجهلِ ، ويَنْبغِى أن تُعْتَبَرَ على هذا القولِ نِيَّةُ الحالِفِ ، وقَرائنُ أحْوالِه ، الدَّالَّةُ على قَصْدِه ، فإن كان قَصْدُه بيَمِينه مَنْعَ القادمِ من القُدُومِ ، كان يَمِينًا ، وإن كان قَصْدُه جَعْلَه صِفَةً فى طَلاقِها مُطْلَقَةً ، لم يَكُنْ يمِينًا ، ويَسْتوِى فيه عِلمُ القادم وجَهْلُه ، ونِسْيانُه ، وجُنُونُه وإفاقَتُه ، مثل أن يَقْصِدَ طلاقَها إذا حَصَلَ معها مَحْرَمُها ، ولا يُطَلِّقُها وحْدَها ، وتُعْتَبَرُ قَرائنُ الأحْوالِ ؛ فمتى علَّقَ اليَمِينَ على قُدومِ غائبٍ بعيدٍ ، يَعلمُ[8] أنَّه لا يَعْلمُ اليَمِينَ ولا يَمتنِعُ بها ، أو على فعلِ صغيرٍ ، أو مَجْنونٍ ، أو مَن[9] لا يَمْتنِعُ بها ، لم تَكُنْ يمِينًا . وإن علّقَ ذلك على فِعْلِ حاضرٍ يَعْلمُ بيَمِينه ، ويَمْتنِعُ لأجلِها مِن[10] فِعْلِ ما علَّقَ الطَّلاقَ عليه ، كان يَمِينًا . ومتى أشْكَلَتِ الحالُ ، فينْبغِى أن يَقَعَ الطّلاقُ ؛ لأنَّ لَفْظَه يَقْتَضِى وُقوعَ الطَّلاقِ عندَ وُجودِ هذه الصِّفَةِ على العُمومِ ، وإنَّما يَنْصَرِفُ عن ذلك بدليلٍ ، فمتى شَكَكْنا فى الدَّليلِ المُخَصِّصِ ، وجبَ العملُ بمُقْتَضَى العُمومِ .

فصل : فإن قال : إن تركْتِ هذا الصَّبِىَّ يَخرُجُ ، فأنتِ طالقٌ . فانْفلَتَ الصَّبِىُّ بغيرِ اخْتيارِها ، فخرجَ ، فإن كان نَوَى أن لا يَخْرُجَ فقد حَنِثَ ، وإن نَوَى أن لا تَدَعَه ، لم يَحنثْ . نَصَّ أحمدُ على معنى هذا ؛ وذلك لأنَّ اليَمِينَ إذا وقَعتْ على فِعْلِها ، فقد فَعَلَ الخروجَ على[11] غيرِ اخْتيارٍ منها ، فكانت كالمُكرَه[12] إذ[13] لم يُمْكِنْها حِفْظُه ومَنْعُه . وإن نَوَى فِعْلَه ، فقد وُجِدَ ، وحَنِثَ / . وإن لم تُعْلَمْ نِيَّتُه ، انْصرفَتْ يمِينُه إلى فِعْلِها ؛ لأنَّه الذى تَناوَلَه لفظُه ، فلا يَحْنَثُ إلا[14] إذا خرجَ بتَفْرِيطِها فى حِفْظِه أو باخْتيارِها[15]

٢٦/٨ظ

(٧) فى م : « فيه » .

(٨) فى ا : « علم » .

(٩) فى الأصل ، ب : « لمن » .

(١٠) فى م : « عن » .

(١١) فى ب ، م : « عن » .

(١٢) فى الأصل : « كالمكرهة » .

(١٣) فى الأصل ، ا ، م : « إذا » .

(١٤) سقط من : الأصل .

(١٥) فى ب ، م : « اختيارها » .

فصل : فإن حَلَفَ لا تأخُذُ حقَّك منِّى ، فأُكرِهَ على دَفْعِه إليه ، وأخذَه منه قهرًا ، حَنِثَ ؛ لأنَّ المحْلوفَ عليه فِعْلُ الأخْذِ ، وقد أخَذَه مُخْتارًا . وإن أُكْرِهَ صاحبُ الحقِّ على أخْذِه ، خُرِّجَ على الوَجْهَين ، فى مَن أُكْرِهَ على القُدُومِ . وإن وضَعَه الحالِفُ فى حِجْرِه ، أو بينَ يَدَيْه ، أو إلى جَنْبِه ، فلم يأخُذْه ، لم يَحْنَثْ ؛ لأنَّ الأخْذَ ما وُجِدَ . وإنْ أخَذَه الحاكمُ أو السُّلطانُ من الغَرِيمِ ، فدفَعَه إلى المُسْتَحِقِّ فأخَذَه ، فقال القاضى : لا يَحْنَثُ . وهو مَذهبُ الشَّافعىِّ ؛ لأنَّه ما أخَذَه منه . وإن قال : لا تأخُذْ حقَّك عَلَىَّ . حَنِثَ ؛ لأنَّه قد أخَذَ حقَّه الذى عليه . والمنْصوصُ عن أحمدَ ، أنَّه يَحْنَثُ فى الصُّورتَيْنِ . قالَه[16] أبو بكرٍ . وهو الذى يَقْتَضِيه مذهبُه ؛ لأنَّ الأيمانَ عندَه على الأسْبابِ ، لا على الأسْماءِ ، ولأنَّه لو وكَّلَ وكيلًا ، فأخَذَه منه ، كان آخِذًا لحقِّه منه عُرْفًا ، ويُسَمَّى آخِذًا ؛ قال اللهُ تعالى : ﴿ وَأَخَذْنَا مِنْهُم مِّيثَـٰقًا غَلِيظًا ﴾[17] . وقال : ﴿ وَلَقَدْ أَخَذَ ٱللَّهُ مِيثَـٰقَ بَنِىٓ إِسْرَٰٓءِيلَ وَبَعَثْنَا مِنْهُمُ ٱثْنَىْ عَشَرَ نَقِيبًا ﴾[18] . وإنْ كانت اليمينُ مِن صاحبِ الحقِّ ، فحَلَفَ[19] : لا أخَذْتُ حقِّى منك . فالتَّفْريعُ فيها كالتى قبلَها . فإنْ تركَها الغَرِيمُ فى أثْناءِ مَتاعٍ فى خُرْجٍ ، ثم دَفَعَ الخُرْجَ إلى الحالِفِ ، فأخذَه ولم يَعلمْ أنَّها فيه ، لم يَحْنَثْ ؛ لأنَّ هذا ليس بمَعْدودٍ أخْذًا ، ولا يَبْرَأُ به الغريمُ منها . فإن كانت اليَمِينُ : لا أعطيتُك حقَّك . فأخَذَه الحاكمُ منه كُرْهًا ، فدفَعَه إلى الغريمِ ، لم يَحْنَثْ . وإن أكرَهَه على دفعِه إليه ، فدفعَه ، خُرِّجَ على الوَجْهينِ فى المُكْرَهِ . وإن أعْطاه باخْتيارِه ، حَنِثَ . وإن وضعَه فى حِجْرِه ، أو جَيْبِه ، أو صندوقِه ، وهو يَعلمُ ، حَنِثَ ؛ لأنَّه أعْطاه[20] . وإن دفعَه إلى[21] الحاكمِ اختيارًا ، ليدْفَعَه إلى الغَرِيمِ ، فدفعَه ، أو أخذَه من مالِه باخْتيارِه ،

---

(16) فى م : « قال » .

(17) سورة النساء 154 .

(18) سورة المائدة 12 .

(19) فى ب زيادة : « أن » .

(20) فى حاشية ا زيادة : « إياه » .

(21) فى ا : « إليه » .

فدفعه إلى الغَرِيمِ ، حَنِثَ . وقال القاضى : لا يَحْنَثُ . وقياسُ المذهبِ أنَّه يَحْنَثُ ؛ لأنَّه أوصلَه إليه مُخْتارًا ، فأشْبَهَ ما لو دفعَه إلى وكيلِه ، فأعْطاه إيَّاه ، ولأنَّ الأيمانَ على الأسْبابِ ، لا على الأسْماءِ ، على ما ذَكَرْناه فيما مَضَى .

فصل : فإن قال : إن رأيتِ أباكِ ، فأنتِ طالقٌ . فرأَتْهُ ميِّتًا ، أو نائمًا ، أو مُغْمًى عليه ، أو رأَتْه من خَلْفِ زُجاجٍ ، أو جِسْمٍ شَفَّافٍ ، طَلُقَتْ ؛ لأنَّها رأَتْه ، وإن رأتْ خَيالَه فى ماءٍ ، أو مِرْآةٍ ، أو صُورتَه على حائطٍ ، أو غيرِه ، لم تَطْلُقْ ؛ لأنَّها لم تَرَه ، / وإن أُكرِهَتْ على رُؤْيتِه ، خُرِّجَ على الوَجْهينِ . ٢٧/٨و

١٢٧٥ – مسألة ؛ قال : (**وَإِذَا قَالَ لِمَدْخُولٍ[1] بِهَا : أَنْتِ طَالِقٌ ، أَنْتِ طَالِقٌ . لَزِمَهُ تَطْلِيقَتَانِ ، إِلَّا أَنْ يَكُونَ أَرَادَ بِالثَّانِيَةِ إِفْهَامَهَا أَنْ قَدْ وَقَعَتْ بِهَا الأُولَى ، فَتَلْزَمُهُ وَاحِدَةٌ . وَإِنْ كَانَتْ غَيْرَ مَدْخُولٍ بِهَا ، بَانَتْ بِالأُولَى ، وَلَمْ يَلْزَمْهَا مَا بَعْدَهَا ؛ لِأَنَّهُ ابْتِدَاءُ كَلَامٍ**)

وجُمْلَةُ ذلك أنَّه إذا قالَ لامرأتِه المدْخُولِ بها : أنتِ طالقٌ . مرَّتَيْنِ . ونَوَى بالثَّانيةِ إيقاعَ طَلْقةٍ ثانيةٍ ، وقعتْ بها طَلْقتانِ بلا خلافٍ ، وإن نَوَى بها إفْهامَها أنَّ الأُولَى قد وقَعتْ بها ، أو التَّأْكيدَ[2] ، لم تَطْلُقْ إلَّا واحدةً . وإن لم تَكُنْ له نِيَّةٌ ، وقعَ طَلْقتانِ . وبه قال أبو حنيفةَ ، ومالكٌ . وهو الصَّحيحُ مِن قولَىِ الشّافعىِّ ، وقال فى الآخَرِ : تَطْلُقُ واحدةً ؛ لأنَّ التّكرارَ يَكُونُ للتّأْكيدِ والإفْهامِ ، ويَحْتَمِلُ الإيقاعَ ، فلا تُوقَعُ طَلْقةٌ بالشَّكِّ . ولَنا ، أنَّ هذا اللّفظَ للإيقاعِ ، ويَقْتَضِى الوُقوعَ ، بدليلِ ما لو لم يَتَقَدَّمْه مثلُه ، وإنَّما يَنْصرفُ عن ذلك بنيَّةِ التَّأْكيدِ والإفْهامِ ، فإذا لم يُوجَدْ ذلك وقعَ مُقْتضاه ، كما يجب العملُ بالعُمومِ

---

(١) فى م : « المدخول » .

(٢) فى ب : « والتأكيد » .

فى العامِّ إذا لم يُوجَد المُخصِّصُ ، وبالإطْلاقِ فى المُطْلَقِ إذا لم يُوجَدِ المُقَيِّدُ . فأمَّا غيرُ المدخولِ بها ، فلا تَطْلُقُ إلَّا طلقةً واحدةً ، سَواءٌ نَوَى الإيقاعَ أو غيرَه ، وسَواءٌ قال ذلك مُنفصِلًا ، أو متَّصِلًا . وهذا قولُ أبى بكرِ بنِ عبدِ الرَّحمنِ بن الحارثِ ، وعِكْرِمَةَ ، والنَّخعىّ ، وحَمَّادِ بنِ أبى سليمانَ ، والحَكَمِ ، والثَّورىِّ ، والشَّافعىِّ ، وأصْحابِ الرَّأْىِ ، وأبى عُبَيدٍ ، وابن المُنْذِرِ . وذكره الحَكَمُ عن علىٍّ ، وزيدِ بنِ ثابتٍ ، وابنِ مَسْعودٍ . وقال مالكٌ ، والأوزاعىُّ ، واللَّيثُ : يقَعُ بها طَلْقتان[3] ، وإن قال ذلك ثلاثًا ، طَلَقَتْ ثلاثًا ، إذا كان مُتَّصِلًا ؛ لأنَّه طَلَّقَ ثلاثًا بكلامٍ مُتَّصلٍ ، أشْبَهَ قولَه : أنتِ طالقٌ ثلاثًا . ولَنا ، أنَّه طلاقٌ مُفرَّقٌ ، فى غيرِ المدْخولِ بها ، فلم تَقَعْ إلَّا[4] الأُولَى ، كما لو فرَّقَ كلامَه ، ولأنَّ غيرَ المدْخولِ بها تَبِينُ بطَلْقةٍ ، لأنَّه لا عِدَّةَ عليها ، فتُصادِفُها الطَّلْقةُ الثَّانيةُ بائنًا ، فلم يُمْكِنْ وُقوعُ الطَّلاقِ بها ؛ لأنَّها غيرُ زوجةٍ ، وإنَّما تَطْلُقُ الزَّوْجةُ ، ولأنَّه قولُ مَن سَمَّينا مِن الصَّحابةِ ، ولا نَعْلمُ لهم مُخالِفًا فى عصرِهم ، فيَكونُ إجْماعًا .

فصل : فإن قال : أنتِ طالقٌ . ثم مضى زمنٌ طويلٌ ، ثم أعادَ ذلك للمَدْخُولِ بها ، طَلُقَتْ ثانيةً ، ولم يُقبَلْ قولُه : نَويتُ التَّوكيدَ ؛ لأنَّ التَّوكيدَ تابعٌ للكلامِ ، فشَرْطُه أن يكون مُتَّصِلًا به ، كسائرِ التَّوابعِ ؛ من العطفِ ، والصِّفة ، والبَدَلِ .

٨/٢٧ظ / **فصل** : وكلُّ طلاقٍ يترتَّبُ فى الوُقوعِ ، ويأْتِى بعضُه بعدَ بعضٍ ، لا يقَعُ بغيرِ المدْخُولِ بها منه أكثرُ من طَلْقةٍ واحدةٍ ؛ لما ذكَرْناه . ويقَعُ بالمدْخُولِ بها ثلاثٌ إذا أوْقَعَها ، مثل قولِه : أنتِ طالقٌ ، فطالقٌ ، فطالقٌ . أو : أنت طالقٌ ، ثم طالقٌ ، ثم طالقٌ . أو : أنتِ طالقٌ ثم طالقٌ وطالقٌ . أو : فطالقٌ . وأشْباهُ ذلك ؛ لأنَّ هذه حروفٌ تقتضِى التَّرتيبَ ، فتقَعُ بها الأُولَى فتُبِينُها ، فتأْتِى الثَّانيةُ فتُصادِفُها بائنًا غيرَ زوجةٍ ، فلا تقعُ بها . وأمَّا المدْخولُ بها ، فتأْتِى الثَّانيةُ فتُصادِفُ محلَّ النِّكاحِ ، فتَقَعُ ، وكذلك الثَّالثةُ . وكذلك لو قال : أنتِ

---

(٣) فى م : « تطليقتان » .

(٤) سقط من : م .

طالقٌ ، بل طالقٌ ، وطالقٌ[٥] . ذكَره أبو الخطَّابِ . ولو قال : أنتِ طالقٌ طلقةً قبلَ طلقةٍ . أو : بعدَ طلقةٍ . أو : بعدَها طلقةٌ . أو : طلقةً فطلقةً . أو : طلقةً ثم طلقةً . وقعَ بغيرِ المدْخُولِ بها طلقةٌ ، وبالمدْخُولِ بها طَلْقتانِ ؛ لما ذكَرْنا مِن أنَّ هذا يَقْتضِى طلقةً بعدَ طلقةٍ .

فصل : وإن قال : أنتِ طالقٌ طلقةً قبلَها طلقةٌ . فكذلك ، ذكَره القاضى . وهذا ظاهرُ مذهبِ الشافعىِّ . وقال بعضُهم : لا يَقعُ بغيرِ المدْخولِ بها شىءٌ ، بِناءً على قولِهم فى مسألة[٦] السُّرَيْجيَّةِ . وقال أبو بكرٍ : يَقعُ طلقتانِ . وهو[٧] قولُ أبى حنيفةَ ؛ لأنَّه اسْتحالَ وقوعُ الطَّلقةِ الأُخْرَى قبلَ الطَّلْقةِ[٨] المُوقَعَةِ ، فوقعَتْ معها ، لأنَّها لمَّا تأخَّرتْ عن الزَّمنِ الذى قَصدَ إيقاعَها فيه لكونِه زمنًا ماضيًا ، وَجَبَ إيقاعُها فى أقْربِ الأزْمنةِ إليه ، وهو معها ، ولا يَلْزمُ تأخُّرُها إلى ما بعدَها ؛ لأنَّ قبلَه زمنٌ يُمْكِنُ الوُقوعُ فيه ، وهو زمنٌ قريبٌ ، فلا يُؤخَّرُ إلى البعيدِ مع إمْكانِ القريبِ . ولَنا ، أنَّ هذا طلاقٌ بعضُه قبلَ بعضٍ ، فلم يَقَعْ بغيرِ المدْخُولِ بها جميعُه ، كما لو قال : طلقةً بعدَ طلقةٍ . ولا يَمْتنِعُ أن يقعَ المتأخِّرُ فى لفظِه مُتقدِّمًا ، كما لو قال : طلقةً بعدَ طلقةٍ . أو قال : أنتِ طالقٌ طلقةً غدًا ، وطلقةً اليومَ . ولو قال : جاء زيدٌ بعدَ عمرٍو . أو : جاء زيدٌ وقبلَه عمرٌو . أو : أعْطِ زيدًا بعدَ عمرٍو . كان كلامًا صحيحًا ، يُفيدُ تأخيرَ المتقدِّمِ لفظًا ، عن المذكورِ بعدَه ، وليس هذا طلاقًا فى زمنٍ ماضٍ ، وإنَّما يقعُ إيقاعُه فى المُسْتقْبَلِ مرتَّبًا على الوَجْهِ الذى رتَّبه ، ولو قُدِّرَ أنَّ إحْداهما مُوقَعَةٌ فى زَمنٍ ماضٍ ، لَامْتنعَ وُقوعُها وحدَها ، ووقَعتِ الأُخْرَى وحدَها[٩] ، وهذا تعليلُ القاضِى ؛ لكَوْنِه لا يَقعُ إلَّا واحدةٌ ، والأوَّلُ من التَّعْليلِ أصحُّ ، إن شاءَ اللهُ تعالى .

---

(٥) فى ا : « فطالق » .

(٦) فى م : « المسألة » . وتقدم قولهم فى صفحة ٤٢٢ . وسُمِّيت السريجية ، نسبة لأبى العباس ابن سريج ، وانظر تفصيلها فى : إعلام الموقعين ٣/٢١٧-٢١٩ .

(٧) فى الأصل : « وهذا » .

(٨) سقط من : الأصل .

(٩) سقط من : ا .

٢٨/٨و **فصل** : فإن قال / : أنتِ طالقٌ طلقةً معها طلقةٌ . وقعَ بها طَلْقتانِ . وإن قال : معها اثْنَتانِ . وقع بها ثلاثٌ ، فى قياسِ المذهبِ . وهو أحدُ الوَجْهينِ لأصْحابِ الشّافعىِّ . وقال أبو يوسفَ : يَقعُ طلقةٌ ؛ لأنّ الطَّلْقةَ إذا وقعتْ مُفْرَدةً ، لم يُمْكِنْ أن يكونَ معها شىءٌ . ولَنا ، أنَّه أوْقَعَ ثلاثَ طَلْقاتٍ ، بلفظٍ يَقْتضِى وُقوعَهُنَّ معًا ، فوقَعْنَ كلُّهنَّ ، كما لو قال : أنتِ طالقٌ ثلاثًا . ولا نُسَلِّمُ أنَّ الطَّلْقةَ تقَعُ مُفْرَدةً ، فإنَّ الطَّلاقَ لا يَقعُ بمُجَرَّدِ التَّلَفُّظِ[١٠] به ، إذ لو وَقَعَ بذلك ، لَما صحَّ تَعْليقُه بشَرْطٍ ، ولا صحَّ وَصْفُه بالثَّلاث ، ولا بغيرِها ، وكذلك الحُكمُ لو[١١] قال : إذا طَلَّقتُك فأنتِ طَالقٌ معها طلقةٌ . ثم قال : أنتِ طالقٌ . فإنَّها تَطْلُقُ طَلْقتَينِ ؛ لما ذكَرْنا .

فصل : فإن قال : أنتِ طالِقٌ طلقةً بعدَها طلقةٌ . ثم قال : أردتُ أنِّى أُوقِعُ بعدَها طلقةً . دِينَ ، وهل يُقبَلُ فى الحُكمِ ؟ يُخَرَّجُ على رِوايتَيْنِ . وإن قال : أنتِ طالقٌ طَلْقةً قبلَها طلقةٌ . وقال : أردتُ أنِّى طَلَّقْتها قبلَ هذا فى نكاحٍ آخرَ ، أو أنّ زوجًا قبلى طلَّقها . دِينَ ، وهل يُقبَلُ فى الحُكمِ ؟ على ثلاثةِ أوْجُهٍ ؛ أحدُها ، يُقبَلُ . والآخَرُ ، لا يُقبَلُ . والثّالثُ ، يُقبَلُ إن كان وُجِدَ ، وإن لم يكُنْ وُجِدَ لم يُقبَلْ . والصَّحيحُ أنّه إذا لم يَكُنْ وُجِدَ لا يُقبَلْ ؛ لأنَّه لا يَحْتمِلُ ما قالَه .

فصل : فإن قال : أنتِ طالِقٌ[١٢] طالقٌ طالقٌ . وقال : أردتُ التَّوكيدَ . قُبِلَ منه ؛ لأنَّ الكلامَ يُكرَّرُ للتَّوكيدِ[١٣] ، كقولِه عليه السَّلامُ : « فَنِكَاحُهَا بَاطِلٌ بَاطِلٌ بَاطِلٌ »[١٤] . وإن قصَدَ الإيقاعَ ، وكرَّرَ[١٥] الطَّلقاتِ ، طَلُقَتْ ثلاثًا . وإن لم ينوِ

---

(١٠) فى ب : « اللفظ » .

(١١) فى ا : « إذا » .

(١٢) فى ا ، ب ، م : « طلق » .

(١٣) فى الأصل : « للتأكيد » .

(١٤) تقدم تخريجه فى : ٩ / ٣٤٦ .

(١٥) فى الأصل ، ب : « فذكر » . وفى ا : « وتكرير » .

شيئًا ، لم يَقَعْ إلَّا واحدةٌ ؛ لأنَّه لم يأْتِ بينهما بحَرْفٍ يَقْتضِى المُغايَرَةَ ، فلا يَكُنَّ مُتغايِرَاتٍ . وإن قال : أنت طالِقٌ وطالقٌ وطالقٌ . وقال : أردتُ بالثَّانيةِ التَّأْكيدَ . لم يُقبَلْ ؛ لأنَّه غايَرَ بينها وبينَ الأُولَى بحَرْفٍ يقْتضِى العطفَ والمُغايرَةَ ، وهذا يَمْنَعُ التَّأْكيدَ ، وأمَّا الثَّالثةُ فهى كالثَّانيةِ فى لَفْظِها . فإن قال : أردتُ بها التَّوكيدَ[١٦] . دِينَ ، وهل يُقبَلُ فى الحُكمِ ؟ يُخَرَّجُ على روايتَيْنِ ؛ إحْداهما ، يُقبَلُ . وهى[١٧] مذهبُ الشَّافعىِّ ؛ لأنَّه كرَّرَ لفظَ الطَّلاقِ مثلَ الأوَّلِ ، فقُبِلَ تفسيرُه بالتَّأْكيدِ . كما لو قال : أنتِ طالِقٌ ، أنتِ طالقٌ . والثَّانيةُ ، لا يُقبَلُ ؛ لأنَّ حرفَ العطفِ للمُغَايرةِ ، فلا يُقْبَلُ منه[١٨] ما يُخالِفُ ذلك ، كما لا يُقْبَلُ فى الثَّانيةِ . ولو قال : أنتِ طالقٌ فطالقٌ فطالقٌ . أو : أنت طالِقٌ ، ثم طالقٌ ، [١٩]ثم طالقٌ[١٩] . فالحُكْمُ فيها كالتى عطَفَها بالواوِ . وإن غايَرَ بين الحروفِ ، / فقال : أنت طالِقٌ وطالقٌ ، ثم طالقٌ[٢٠] . أو : طالِقٌ ثم طالقٌ وطالقٌ . أو : طالقٌ وطالقٌ فطالقٌ . ونحو ذلك ، لم يُقْبَلْ فى شىءٍ منها إرادةَ التَّوْكيدِ ؛ لأنَّ كلَّ كلمةٍ مُغايِرَةٌ لما قبلَها[٢١] ، مُخالِفةٌ لها فى لفظِها ، والتَّوْكيدُ[٢٢] إنَّما يكونُ بتَكْريرِ الأوَّلِ بصُورَتِه .

٢٨/٨ظ

فصل : ولو قال : أنتِ مُطَلَّقةٌ ، أنتِ مُسرَّحةٌ ، أنت مُفارَقَةٌ . وقال : أردتُ التَّوكيدَ بالثَّانيةِ والثالثة . قُبِلَ ؛ لأنَّه لم يُغايِرْ بينها بالحروفِ المَوْضوعةِ للمُغايرةِ بين الأَلْفاظِ ، بل أعادَ اللَّفْظةَ بمَعْناها ، ومثلُ هذا يُعادُ تَوْكيدًا . وإن قال : أنتِ مُطلَّقةٌ ، ومُسرَّحةٌ ،

---

(١٦) فى ا : « التأكيد » .

(١٧) فى ب : « وهو » .

(١٨) سقط من : ا ، ب ، م .

(١٩ - ١٩) سقط من : الأصل .

(٢٠) فى الأصل : « قال » .

(٢١) سقط من : الأصل .

(٢٢) فى الأصل : « والتكرير » .

ومُفارَقةٌ . وقال : أردتُ التَّوْكيدَ . احْتَمَلَ أن يُقْبَلَ منه ؛ لأنَّ اللَّفظَ المُختَلِفَ يُعطَفُ بعضُه على بعضٍ توكيدًا ، كقوله[23] :

* فَأَلْفَى قَوْلَهَا كَذِبًا وَمَيْنَا *

ويَحْتمِلُ أن لا يُقْبَلَ ؛ لأنَّ الواوَ تَقْتضِى المُغايَرةَ ، فأشْبَهَ ما لو كان بلفظٍ واحدٍ .

١٢٧٦ ـ مسألة ؛ قال : (**وَإِذَا قَالَ لِغَيْرِ مَدْخُولٍ بِهَا : أَنْتِ طَالِقٌ وَطَالِقٌ وَطَالِقٌ . لَزِمَهُ الثَّلَاثُ ؛ لِأَنَّهُ نَسَقٌ ، وَهُوَ مِثْلُ قَوْلِهِ : أَنتِ طَالِقٌ ثَلَاثًا**)

وبهذا قال مالكٌ ، والأوْزاعِىُّ ، واللَّيثُ ، وربيعةُ ، وابنُ أبى لَيْلَى . وحُكِىَ عن الشَّافعىِّ فى القديمِ ما يَدُلُّ عليه . وقال الثَّورىُّ ، وأبو حنيفةَ ، والشَّافعىُّ ، وأبو ثَوْرٍ : لا يَقَعُ إلَّا واحدةٌ ؛ لأنَّه أوْقعَ الأُولَى قبلَ الثَّانيةِ ، فلم يَقَعْ عليها شىءٌ آخَرُ ، كما لو فرَّقَها . ولَنا ، أنَّ الواوَ تَقْتضِى الجَمْعَ ، ولا تَرْتيبَ فيها ، فيكونُ مُوقِعًا للثَّلاثِ جميعًا ، فيَقَعْنَ عليها ، كقولِه : أنتِ طالقٌ ثلاثًا . أو : طلقةً معها طَلْقتانِ . ويُفارِقُ ما إذا فرَّقَها ، فإنَّها لا تَقعُ جميعًا ، وكذلك إذا عطَفَ بعضَها على بَعْضٍ بحَرْفٍ يَقْتضِى التَّرْتيبَ ، فإنَّ الأُولَى تقعُ قبلَ الثَّانيةِ بمُقْتضَى إيقاعِه ، وهٰهُنا لا تَقعُ الأُولَى حينَ نُطْقِه بها حتى يَتِمَّ كلامُه ، بدليلِ أنَّه لو[24] أَلْحقَه اسْتِثْناءً ، أو شَرْطًا ، أو صِفَةً ، لَحِقَ به ، [25]ولم تَقعِ الأُولَى[25] مُطْلَقًا ، ولو كان يقعُ حين نُطْقِه[26] ، لم يَلْحقْه شىءٌ من ذلك ، وإذا ثَبَتَ أنَّه يَقِفُ وُقوعُه على تَمامِ الكلامِ ، فإنَّه يقعُ عندَ تَمامِ كلامِه على الوَجْهِ الذى اقْتضاه لَفْظُه ، ولَفْظُه يَقْتضِى وُقوعَ الطَّلقاتِ الثَّلاثِ مُجْتمِعاتٍ ، وهو معنى قولِ الخِرَقِىِّ : لأنَّه نَسَقٌ . أى

---

(٢٣) القائل هو عدى بن زيد العبادى ، وهو عجز بيت صدره :

* وقَدَّدَتِ الأَدِيمَ لِرَاهِشَيْه *

انظر : الشعر والشعراء ١ / ٢٢٧ ، وحاشيته ، واللسان والتاج (م ى ن) .

(٢٤) سقط من : ب .

(٢٥ – ٢٥) فى ا ، م : « يقع الأول » .

(٢٦) فى م : « تلفظه » .

غيرُ مُفْتَرِقٍ . فإن قِيلَ : إنما وقفَ[٢٧] أوَّلُ الكلامِ على آخرِه ، مع الشَّرْطِ والاسْتِثْناءِ ؛ لأنَّه[٢٨] مُغيِّرٌ له ، والعَطْفُ لا يُغيِّرُ ، فلا يَقِفُ عليه ، ونَتَبيَّنُ أنَّه وقعَ أوَّلَ ما لَفَظَ به ، ولذلك لو قال لها[٢٩] : أنتِ طالِقٌ ، أنتِ طالِقٌ . لم يقَعْ إلَّا واحدةٌ . قُلْنا : ما لم يَتِمَّ الكلامُ ، فهو عُرضَةٌ للتَّغييرِ ، إمّا بما يَخُصُّه بزمنٍ ، أو يُقَيِّدُه بقَيْدٍ كالشَّرْطِ ، وإمَّا بما[٣٠] يَمْنَعُ بعضَه كالاسْتِثْناءِ ، وإمَّا بما يُبَيِّنُ عددَ الواقعِ ، كالصِّفةِ بالعَدَدِ ، وأشْباهِ هذا ، فيجبُ أن يكونَ واقعًا ، ولولا ذلك لَما وقعَ بغيرِ المدْخولِ بها ثلاثٌ بحالٍ ؛ لأنَّه لو قال لها : أنتِ طالقٌ ثلاثًا . فوقعتْ بها طَلقةٌ قبلَ قولِه ثلاثًا ، لم يُمْكِنْ أن يقعَ بها شيءٌ آخَرُ . وأمَّا[٣١] إذا قال : أنتِ طالقٌ ، أنتِ طالقٌ . فهاتانِ جُمْلتانِ لا تتعلَّقُ إحْداهما بالأُخْرَى ، ولو تَعقَّبَ إحْداهما شرطٌ أو اسْتِثْناءٌ أو صِفَةٌ ، لم يَتَناوَلِ الأُخْرَى ، ولا وَجْهَ لُوقوفِ إحْداهما على الأُخْرَى ، والمعطوفُ مع المعطوفِ عليه شيءٌ واحدٌ ، لو تَعقَّبَه شرطٌ لعادَ إلى الجميعِ ، ولأنَّ المعْطوفَ لا يَستقِلُّ بنفسِه ، ولا يُفيدُ بمُفْردِه ، بخلافِ قولِه : أنتِ طالقٌ . فإنَّها جملةٌ مُفيدةٌ ، لا[٣٢] تَعلُّقَ لها بالأُخْرَى ، فلا يَصحُّ قياسُها عليها .

فصل : فإن قال : أنتِ طالقٌ طَلْقتين ونِصْفًا . فهى عندَنا كالتى قبلَها ، يقَعُ الثَّلاثُ . وقال مُخالِفُونا : يقعُ طَلْقتانِ . وإن قال : إن دخَلْتِ الدَّارَ فأنتِ طالقٌ . وكرَّرَ ذلك ثلاثًا ، فدخلَتْ ، طَلُقَتْ[٣٣] ، فى قولِ الجميعِ ؛ لأنَّ الصِّفةَ وُجِدَتْ ، فاقْتَضَى وُقوعَ الثَّلاثِ[٣٤] دَفْعةً واحدةً . وإن[٣٥] قال : إن دخَلْتِ الدَّارَ فأنتِ طالِقٌ وطالقٌ

---

(٢٧) فى ب : « يقف » .
(٢٨) فى الأصل : « فإنه » .
(٢٩) سقط من : الأصل .
(٣٠) فى ب : « ما » .
(٣١) سقطت الواو من : ا ، ب ، م .
(٣٢) فى ا : « ولا » .
(٣٣) سقط من : ب .
(٣٤) فى ا : « الطلاق » .
(٣٥) فى ا : « ولو » .

وطالقٌ ، فدَخلتِ الدَّارَ ، طَلُقَتْ ثلاثًا . وبه قال أبو يوسفَ ، ومحمّدٌ ، وأصحابُ الشَّافعيِّ فى أحَدِ الوَجْهين . وقال أبو حنيفةَ : يقعُ واحدةٌ ؛ لأنَّ الطَّلاقَ المُعَلَّقَ إذا وُجدتِ الصِّفةُ ، يكونُ كأنَّه أوْقَعه فى تلك الحالِ على صِفَتِه ، ولو أوْقَعه كذلك ، لم يَقَعْ إلَّا واحدةٌ . ولَنا ، أنَّه وُجِدَ شَرْطُ وُقوعِ ثلاثِ طَلقاتٍ ، غيرِ مُرَتَّباتٍ ، فوقعَ الثَّلاثُ ، كالتى قبلَها . وإن قال : إذا[36] دخَلْتِ الدَّارَ فأنتِ طالقٌ طلقةً معها طَلْقتانِ . فدَخلتْ ، طَلُقَتْ ثلاثًا . وذكَرَ مثلَ هذا بعضُ أصْحابِ الشَّافعيِّ ، ولم يَحْكِ عنهم فيه خلافًا .

فصل : وإن قال لغيرِ مَدْخُولٍ بها : أنتِ طالقٌ ثم طالقٌ ثم طالقٌ ، إن دخَلْتِ الدَّارَ . أو : إن دخَلْتِ الدَّارَ فأنتِ طالقٌ ثم طالقٌ ثم طالقٌ . أو : إن دخلتِ فأنتِ طالقٌ فطالقٌ فطالقٌ[37] . فدَخلَتْ ، طَلُقَتْ واحدةً ، فبانَتْ بها ، ولم يَقَعْ غيرُها[38] . وبهذا قال الشَّافعيُّ . وذهبَ القاضى إلى أنَّها تَطْلُقُ فى الحالِ واحدةً ، تَبِينُ بها . وهو قولُ أبى حنيفةَ فى الصُّورةِ الأُولى ؛ لأنَّ « ثُمَّ » تقْطعُ الأُولَى عما بعدَها ، لأنَّها للمُهْلَةِ ، فتكونُ الأُولى مُوقَعَةً ، والثَّانيةُ مُعَلَّقةً[39] / بالشَّرْطِ . وقال أبو يوسفَ ومحمدٌ : لا يَقَعُ حتى تَدْخُلَ الدَّارَ ، فيقَعَ بها ثلاثٌ ؛ لأنَّ دُخولَ الدَّارِ شَرْطٌ لثَلاثٍ ، فوقَعتْ ، كما لو قال : إن دخَلْتِ الدَّارَ فأنتِ طالقٌ وطالقٌ وطالقٌ . ولَنا ، أنَّ « ثُمَّ » للعطفِ ، وفيها تَرْتيبٌ ، فتعلَّقتِ التَّطْليقاتُ كلُّها بالدُّخولِ ؛ لأنَّ العطفَ لا يَمْنعُ تَعْليقَ[40] الشَّرْطِ بالمعْطوفِ عليه[41] ، ويَجِبُ التَّرْتيبُ فيها ، كما يجبُ لو لم يُعلِّقْه بالشَّرْطِ ، وفى هذا انْفِصالٌ عما ذكَرُوه ، ولأنَّ الأُولَى تَلِى الشَّرْطَ ، فلم يَجُزْ وُقوعُها بدُونِه ، كما لو[42] لم يَعْطِفْ عليها ،

٨/٢٩ ظ

---

(٣٦) فى ا : « إن » .

(٣٧) فى ا زيادة : « أو : إن دخلت فأنت طالق ثم طالق وطالق . أو : أنت طالق فطالق وطالق » .

(٣٨) فى الأصل : « غيره » .

(٣٩) فى ا : « متعلقة » .

(٤٠) فى الأصل : « تعلق » .

(٤١) فى ا زيادة : « كما لو قال : أنت طالق ثم طالق إن دخلت الدار » .

(٤٢) سقط من : م .

ولأنَّه جعلَ الأُولَى جَزاءً للشَّرْطِ ، وعقَّبه إيَّاها بفَاءِ التَّعْقيبِ ، الموضوعةِ للجزاءِ ، فلم يَجُزْ تقْديمُها[43] عليه كسائرِ نَظائِرِه ، ولأنَّه لو قال : إن دخلَ زيدٌ دارِى ، فأعْطِه دِرْهمًا [44]ثُمَّ دِرْهَمًا[44] . لم يَجُزْ أن يُعْطِيَه قبلَ دُخولِه ، فكذا هٰهُنا . وما ذكَرُوه تَحَكُّمٌ ، ليس له شاهِدٌ فى اللُّغةِ ، ولا أصلَ[45] فى الشَّرْعِ .

فصل : وإن قال لمَدْخُولٍ بها : إن دخَلْتِ الدَّارَ فأنتِ طالقٌ ثم طالقٌ ثم طالقٌ . لم يقَعْ بها شىءٌ حتى تَدْخُلَ الدّارَ ، فتقعَ بها الثَّلاثُ . وبهذا قال الشّافعىُّ ، وأبو يوسفَ ، ومحمدٌ . [46]وذهب القاضِى إلى وُقوعِ طَلْقَتَيْنِ[46] فى الحالِ ، وتَبْقَى الثَّالثةُ مُعلَّقةً بالدُّخولِ[47] . وهو ظاهرُ الفسادِ ، فإنَّه يجْعلُ الشَّرْطَ المُتقدِّمَ للمَعْطوفِ ، دونَ المعطوفِ عليه ، ويُعلِّقُ به ما يَبْعُدُ عنه ، دونَ ما يَلِيه ، ويجعلُ جَزاءَهُ[48] ما لم تُوجَدْ فيه الفاءُ التى يُجازَى بها ، دونَ ما وُجِدَتْ فيه ، تَحكُّمًا [49]لا يَعْرِفُ عليه دليلًا[49] ، ولا نَعْلمُ له نَظِيرًا . وإن قال لها : إن دخَلْتِ الدَّارَ فأنتِ طالقٌ فطالقٌ . فدخلَتْ ، طَلُقَتْ ثلاثًا . فى قولِهم جميعًا .

١٢٧٧ – مسألة ؛ قال : (وَإِذَا طَلَّقَ ثَلَاثًا ، وَهُوَ يَنْوِى وَاحِدَةً ، فَهِىَ ثَلَاثٌ)

وجملةُ ذلك أنَّ الرَّجُلَ إذا قال لامرأتِه : أنتِ طالِقٌ ثلاثًا . فهى ثلاثٌ ، وإن نَوَى واحدةً ، لا نَعْلمُ فيه خلافًا ؛ لأنَّ اللَّفْظَ صَرِيحٌ فى الثَّلاثِ ، والنِّيَّةُ لا تُعارِضُ الصَّرِيحَ ؛ لأنَّها أضْعفُ مِن اللَّفظِ ، ولذلك لا نَعْملُ بِمُجَرَّدِها ، والصَّرِيحُ قوىٌّ يُعملُ بمُجَرَّدِه ،

---

(٤٣) فى الأصل : « تقدمها » .
(٤٤ – ٤٤) سقط من : م .
(٤٥) فى ب زيادة : « له » .
(٤٦ – ٤٦) فى ا : « وقال القاضى : تقع طلقتان » .
(٤٧) فى ا زيادة : « ولعله مذهب أبى حنيفة » .
(٤٨) فى م : « جزاء » .
(٤٩ – ٤٩) فى ب ، م : « لا يعرف عليه دليل » .

من غيرِ نِيَّةٍ ، فلا يُعارَضُ القويُّ بالضَّعيفِ ، كما لا يُعارضُ النَّصُّ بالقياسِ ، ولأنَّ النِّيَّةَ إنَّما تَعْملُ فى صَرْفِ اللَّفظِ إلى بعضِ مُحْتَمِلَاتِه ، والثَّلاثُ نصٌّ فيها ، لا يَحْتمِلُ الواحدةَ بحالٍ ، فإذا نَوَى واحدةً ، فقد نَوَى مالا يَحْتمِلُه ، فلا يَصحُّ ، كما لو قال : له علىَّ ثلاثةُ دَرَاهِمَ . وقال : أردتُ واحدًا .

١٢٧٨ ـ مسألة ؛ قال : (وَإنْ طَلَّقَ وَاحِدَةً ، وَهُوَ يَنْوِى ثَلَاثًا ، فَهِىَ وَاحِدَةٌ)

أمَّا إذا قال : أنتِ طالقٌ[1] واحدةً . ونَوَى ثلاثًا[2] ، لم يَقعْ إلَّا واحدةٌ ؛ لأنَّ لَفْظَه لا يَحْتَمِلُ / أكثرَ منها ، فإذا نَوَى ثلاثًا ، فقد نَوَى مالا يَحْتَمِلُه لفظُه ، فلو وقعَ أكثرُ من ذلك ، لو قعَ بمُجَرَّدِ النِّيَّةِ ، ومُجرَّدُ النِّيَّةِ لا يَقعُ بها طلاقٌ[3] . وقال أصحابُ الشافعىِّ ، فى أحدِ الوَجْهينِ : يقَعُ ثلاثٌ ؛ لأنَّه يَحْتَمِلُ واحدةً معها اثْنتانِ . وهذا فاسدٌ ، فإنَّ قولَه : معها اثنتانِ . لا يُؤدِّيه معنى الواحدةِ ، ولا يَحْتمِلُه ، فَنِيَّتُه فيه نِيَّةٌ[4] مُجرَّدةٌ ، فلا تَعْملُ ، كما لو نَوَى الطَّلَاقَ من غيرِ لفظٍ . وأمَّا إذا قال : أنتِ طالقٌ . ونَوَى ثلاثًا ، فهذا فيه رِوَايتانِ ؛ إحْداهما ، لا يَقعُ إلَّا واحدةٌ ، وهو قولُ الحسنِ ، وعمرو بنِ دينارٍ ، والثَّورىِّ ، والأوْزاعىِّ ، وأصحابِ الرَّأْىِ ؛ لأنَّ هذا اللَّفظَ لا يَتَضَمَّنُ عددًا ، ولا بَيْنُونَةً ، فلم تَقَعْ به الثَّلاثُ ، كما لو قال : أنتِ طالقٌ واحدةً . بيانُه أنَّ قولَه : أنتِ طالقٌ . إخبارٌ عن صِفَةٍ هى عليها ، فلم يَتَضمَّنِ العَدَدَ ، كقولِه : قائمةٌ ، وحائضٌ ، وطاهِرٌ . والرِّوايةُ الثَّانيةُ ، إذا نَوَى ثلاثًا ، وقَعَ الثَّلاثُ . وهو قولُ مالكٍ ، والشافعىِّ ، وأبى عُبَيدٍ ، وابنِ المُنْذرِ ؛ لأنَّه لفظٌ لو قُرِنَ به لفظُ الثَّلاثِ ، كان ثلاثًا ، فإذا نَوَى به الثَّلاثَ ، كان ثلاثًا ، كالكناياتِ ، ولأنَّه نَوَى بلفْظِه ما يَحْتمِلُه ، فوقَع ذلك به ، كالْكنايةِ . وبيانُ احْتمالِ اللَّفظِ للعَدَدِ[5] ، أنَّه يَصِحُّ تفْسيره به ؛ فيقولُ : أنتِ طالقٌ ثلاثًا . ولأنَّ قولَه :

٨/٣٠و

---

(١) فى م : « طلق » .

(٢) فى م : « الثلاث » .

(٣) فى ا : « الطلاق » .

(٤) سقط من : ب .

(٥) فى ا : « العدد » .

طالقٌ . اسمُ فاعلٍ ، واسمُ الفاعلِ يقْتضِي المصدرَ ، كما يَقْتضيه الفِعْلُ ، والمصدرُ يَقعُ على القليلِ والكثيرِ ، وفارَقَ قولَه : أنتِ حائضٌ وطاهِرٌ ؛ لأنَّ الحَيْضَ والطُّهْرَ لا يُمْكِنُ تَعَدُّدُه فى حقِّها ، والطَّلاقُ يُمكِنُ تَعدُّدُه .

فصل : فإن قال : أنتِ طالقٌ طلاقًا . ونَوَى ثلاثًا ، وقعَ ؛ لأنَّه صرَّحَ بالمصْدرِ ، والمصدرُ يَقعُ على القليلِ والكثيرِ ، فقد نَوَى بلَفْظِه ما يَحْتَمِلُه ، وإن نَوَى واحدةً ، فهى واحدةٌ ، وإن أطلقَ فهى واحدةٌ ؛ لأنَّه اليقينُ . وإن قال : أنتِ طالِقٌ الطَّلاقَ . وقعَ ما نواهُ ، وإن لم يَنْوِ شيئًا ، فحكى فيها[٦] القاضى روايتَيْنِ ؛ إحْداهما : يَقَعُ الثَّلاثَ . نَصَّ عليها أحمدُ ، فى روايةِ مُهَنَّا ؛ لأنَّ الألفَ واللّامَ للاسْتِغْراقِ ، فيقْتَضِي اسْتغراقَ الكُلِّ ، وهو ثلاثٌ . والثّانيةُ ، أنَّها واحدةٌ ؛ لأنَّه يَحْتمِلُ أن تعودَ الألفُ واللَّامُ إلى مَعْهودٍ ، يُريدُ الطَّلاقَ الذى أوْقَعَته . ولأنَّ اللَّامَ فى أسْماءِ الأجْناسِ تُسْتعمَلُ لغيرِ الاسْتِغْراقِ كثيرًا ، كقولِه : ومن أُكْرِهَ على الطَّلاقِ . وإذا عَقَلَ الصَّبيُّ الطَّلاقَ[٧] . واغْتَسَلْتُ بالماءِ . وتَيَمَّمْتُ بالتُّرابِ . وقرأتُ العلمَ والحديثَ والفِقْهَ . وأشْباهِ[٨] هذا ممَّا يُرادُ به ذلك الجنسُ ، ولا / يُفْهَمُ منه الاسْتِغْراقُ ، فعند ذلك لا يُحْمَلُ على التَّعْميمِ ، إلَّا بِنِيَّةٍ صارفةٍ إليه . وهكذا لو قال لامرأتِه : أنتِ الطَّلاقُ . فإنَّ أحمدَ قال : إن أرادَ ثلاثًا ، فهى ثلاثٌ ، وإن نَوَى واحدةً ، فهى واحدةٌ ، وإن لم يَنْوِ شيئًا ، فكلامُ أحمدَ يَقْتضِي أن تكون ثلاثًا ؛ لأنَّه إذا[٩] قال : أنتِ الطَّلاقُ . فهذا قد بيَّنَ . أىُّ شىءٍ بَقِىَ . هى ثلاثٌ . وهذا اختيارُ أبى بكرٍ . ويُخَرَّجُ فيها أنَّها واحدةٌ ، بناءً على المسألةِ قبلَها . ووَجْهُ القولَيْنِ ما تَقَدَّمَ ، وممَّا يُبَيِّنُ أنَّه يُرادُ بها الواحدُ قولُ الشّاعرِ :

٨/٣٠ظ

---

(٦) فى ب : « عن » .
(٧) سقط من : الأصل .
(٨) سقط من : ا ، ب ، م .
(٩) سقط من : م .

فأنتِ الطَّلاقُ وأنتِ الطّــلاقُ   وأنتِ الطَّلاقُ ثلاثًا تَمَامَــا[10]

فجعَلَ المُكَرَّرَ ثلاثًا ثلاثًا[11] ، ولو كان[12] للاسْتِغْراقِ لَكان ذلك تِسْعًا .

فصل : ولو قال : الطَّلاقُ يَلزمُنِى . أو : الطَّلاقُ لى لازمٌ . فهو صريحٌ ؛ فإنَّه يُقالُ لمن وقَعَ طلاقُه : لَزِمَه الطَّلاقُ . وقالوا : إذا عَقَلَ الصَّبِىُّ الطّلاقَ ، فطَلَّقَ ، لَزِمَه . ولعلهم أرادوا : لَزِمَه حُكْمُه . فحذفُوا المضافَ ، وأقاموا المُضافَ إليه مُقامَه ، ثم اشْتَهَرَ ذلك ، حتى صارَ من الأسماءِ العُرْفيَّةِ ، وانغَمَرَتِ الحقيقةُ فيه . ويَقَعُ به ما نَواهُ مِن واحدةٍ ، أو اثنتَيْنِ ، أو ثلاثٍ . وإن أُطْلَقَ ففيه رِوَايتانِ ، وَجْهُهما ما تقدَّمَ . وإن قال : علىَّ الطَّلاقُ . فهو بِمَثابَةِ قوله : الطَّلاقُ يَلْزمُنِى ، لأنَّ مَن لَزِمَه شىءٌ فهو عليه كالدَّيْنِ ، وقد اشْتَهَرَ اسْتِعْمالُ هذا فى إيقاعِ الطَّلاقِ . ويُخَرَّجُ[13] فيه فى حالةِ الإطْلاقِ الرِّوايتانِ ؛ هل هو ثلاثٌ أو واحدةٌ ؟ والأشْبَهُ فى هذا جميعِه أن يكونَ واحدةً ؛ لأنَّ أهلَ العُرفِ لا يَعتَقِدُونَه ثلاثًا ، ولا يَعْلمونَ أنَّ الألفَ واللَّامَ للاسْتِغْراقِ ، ولهذا يُنْكِرُ أحدُهم أن يكونَ طلَّقَ ثلاثًا ، ولا يَعْتقِدُ أنَّه طلَّقَ إلَّا واحدةً ، فَمُقْتَضَى اللّفظِ فى ظنِّهم واحدةٌ ، فلا يُريدونَ إلَّا ما يَعْتقِدُونَه مُقْتَضًى لِلَفْظِهم[14] ، فيَصِيرُ كأنَّهم نَوَوْا الواحدَةَ .

فصل : وإن قال : أنتِ طالقٌ للسُّنَّةِ . طَلُقَتْ واحدةً فى وقتِ السُّنَّةِ . وذهب أبو حنيفةَ إلى أنَّها تَطْلُقُ ثلاثًا ، فى ثلاثةِ قُرُوءٍ ، بِناءً منه على أنَّ هذا هو السُّنَّةُ . وقد بَيَّنَّا أنَّ طلاقَ السُّنَّةِ طلقةٌ واحدةٌ ، فى طُهْرٍ لم يُصِبْهَا فيه . وإن قال : أنتِ طالقٌ طلاقَ السُّنَّةِ . وقعَتْ بها واحدةٌ فى طُهْرٍ لم يُصِبْها فيه أيضًا ، إلَّا أن يَنْوِىَ الثَّلاثَ ، فتكونَ ثلاثًا ؛ لأنَّه ذَكَرَ المصدرَ ، والمصدرُ يَقَعُ على الكثيرِ والقليلِ ، بخلافِ التى قبلَها .

---

(١٠) تقدم فى صفحة ٣٥٩ .

(١١) سقط من : ا ، م .

(١٢) فى ا زيادة : « ذلك » .

(١٣) فى ب : « وخرج » .

(١٤) فى ا : « لفظهم » .

فصل : وإن قال العَجمِىُّ : بهشتم بسيار[١٥] . طَلُقَتْ امرأتُه ثلاثًا . نَصَّ عليه أحمدُ ؛ لأنَّ معناه : أنتِ طالقٌ / كثيرًا . وإن قال : بهشتم . فحَسْبُ[١٦] ، طَلُقَتْ واحدةً ، إلَّا أن يَنْوِىَ ثلاثًا ، فتكونَ ثلاثًا . نَصَّ عليه أحمدُ ، فى روايةِ ابن منصورٍ . وقال القاضى : يَتَخَرَّجُ[١٧] فيه روايتانِ ؛ بناءً على قوله : أنت طالقٌ . لأنَّ هذا صريحٌ ، وذاك صريحٌ ، فهما سواءٌ . والصَّحيحُ أنَّه يَقَعُ ما نَواه ؛ لأنَّ معناها خَلَّيْتُكِ ، وخَلَّيتُكِ يَقعُ بها ما نَواه ، وكذا هٰهُنا ، وإنَّما صارتْ صريحةً لشُهرةِ استعمالِهَا فى الطَّلاقِ ، وتَعَيُّنِهَا له ، وذلك لا يَنْفِى معناها ، ولا يمْنَعُ العملَ به إذا أرادَه . وإنْ قال : فارقْتُكِ . أو : سرَّحتُكِ . ونَوَى واحدةً ، أو أطْلَقَ ، فهى واحدةٌ . وإن نَوَى ثلاثًا ، فهى ثلاثٌ ؛ لأنَّه فِعْلٌ يُمْكِنُ أن يُعَبَّر به عن القليلِ والكثيرِ ، وكذلك لو قال : طَلَّقتُكِ .

فصل : ولا يقعُ الطَّلاقُ بغيرِ لفظ الطَّلاقِ ، إلَّا فى مَوْضِعَيْنِ ؛ أحدُهما ، مَن لا يَقْدِرُ على الكلامِ ، كالأخْرَسِ إذا[١٨] طلَّق بالإشارةِ ، طَلُقَتْ زوجتُه . وبهذا قال مالكٌ ، والشّافعىُّ ، وأصْحابُ الرَّأْىِ . ولا نَعلمُ عن غيرِهم خِلافَهم ؛ وذلك لأنَّه لا طريقَ له إلى الطَّلاقِ إلَّا بالإشارةِ ، فقامت إشارتُه مَقامَ الكلامِ مِن غَيْرِه[١٩] فيه[٢٠] ، كالنِّكاحِ ، فأمَّا القادِرُ[٢١] ، فلا يَصِحُّ طلاقُه بالإشارةِ ، كما لا يَصِحُّ نكاحُه بها ، فإن أشارَ الأخْرَسُ بأصابِعه الثّلاثِ إلى الطَّلاقِ ، طَلُقَتْ ثلاثًا ؛ لأنَّ إشارتَه جَرَتْ مَجْرَى نُطْقِ غيرِه . ولو قال النَّاطقُ : أنتِ طالِقٌ . وأشارَ بأصابِعِه الثَّلاثِ . لم يَقَعْ إلَّا واحدةً ؛ لأنَّ إشارتَه لا تَكْفِى . وإن قال : أنتِ طالقٌ هكذا . وأشارَ بأصابِعِه الثّلاثِ ، طَلُقَتْ ثلاثًا ؛ لأنَّ قولَه

---

(١٥) فى ب ، م : « لبسيار » .

(١٦) فى النسخ : « فحسبت » . وفى ب ، م بعده زيادة : « بالفارسية » .

(١٧) فى ا : « يخرج » .

(١٨) فى ا ، ب ، م : « وإذا » .

(١٩) فى ب ، م : « غير » .

(٢٠) سقط من : الأصل . وفى ب ، م : « نية » .

(٢١) فى ب ، م : « للقادر » .

هكذا ، تصريحٌ[22] بالتَّشْبيهِ بالأصابع فى العَدَدِ ، وذلك يَصْلُحُ بيانًا ، كما قال النَّبىُّ ﷺ : « الشَّهْرُ هَكَذَا وَهَكَذَا وَهَكَذَا » . وأشار بيَدَيْه[23] مرَّةً ثلاثينَ ، ومرَّةً تسعًا وعشرينَ[24] . وإن قال : أردتُ الإشارةَ بالأُصْبُعَيْنِ المقبوضَتَيْنِ . قُبِلَ منه ؛ لأنَّه يَحْتَمِلُ ما يَدَّعِيه . الموضعُ الثّانى ، إذا كتبَ الطَّلاقَ ، فإن نَوَاهُ طَلُقَتْ زوجتُه . وبهذا قال الشَّعْبِىُّ ، والنَّخَعِىُّ ، والزُّهْرِىُّ ، والحَكَمُ ، وأبو حنيفةَ ، ومالكٌ . وهو المنصوصُ عن الشَّافعىِّ . وذكَر بعضُ أصحابِه ، أنَّ له قولًا آخرَ ، أنَّه لا يَقَعُ به طلاقٌ[25] ، وإن نَواهُ ؛ لأنَّه فِعْلٌ مِن قادرٍ على النُّطْقِ[26] ، فلم يَقَعْ به الطَّلاقُ ، كالإشارةِ . ولَنا ، أنَّ الكتابةَ حروفٌ ، يُفهَمُ منها الطَّلاقُ ، فإذا أتى فيها / بالطَّلاقِ ، وفُهِمَ منها ، ونَواهُ ، وقَعَ كاللَّفْظِ ، ولأنَّ الكتابةَ تَقومُ مَقامَ قولِ الكاتبِ ؛ بدلَالةِ أنَّ النَّبىَّ ﷺ كان مأْمورًا بتَبْليغِ رسالَتِه ، فَحَصَلَ ذلك فى حقِّ البعضِ بالقولِ ، وفى حَقِّ[27] آخَرِينَ بالكتابةِ إلى مُلوكِ الأطْرافِ ، ولأنَّ كتابَ القاضى يَقومُ مَقامَ لَفْظِه فى إثْباتِ الدُّيونِ والحقوقِ ؛ فأمّا إن كان[28] كتبَ ذلك من غيرِ نِيَّةٍ ، فقال أبو الخطّابِ : قد خَرَّجَها القاضى الشَّريفُ فى

٨/٣١ ظ

(٢٢) فى ب : « صريح » .

(٢٣) فى ا ، ب ، م : « بيده » .

(٢٤) أخرجه البخارى ، فى : باب قول النبى ﷺ : إذا رأيتم الهلال فصوموا وإذا رأيتموه فأفطروا ، وباب قول النبى ﷺ : لا نكتب ولا نحسب ، من كتاب الصوم ، وفى : باب اللعان وقول الله تعالى : ﴿ والذين يرمون أزواجهم ... ﴾ ، من كتاب الطلاق . صحيح البخارى ٣ / ٣٤ ، ٣٥ . ومسلم ، فى : باب وجوب صوم رمضان لرؤية الهلال ... ، وباب الشهر يكون تسعا وعشرين ، من كتاب الصيام . صحيح مسلم ٢ / ٧٥٩ - ٧٦١ ، ٧٦٤ . وأبو داود ، فى : باب الشهر يكون تسعا وعشرين ، من كتاب الصيام . سنن أبى داود ١ / ٥٤٢ . والنسائى ، فى : باب ذكر الاختلاف على إسماعيل فى خبر سعد بن مالك فيه ، وباب ذكر الاختلاف على يحيى بن أبى كثير فى خبر أبى سلمة فيه ، من كتاب الصيام . المجتبى ٤ / ١١٢ - ١١٤ . وابن ماجه ، فى : باب ما جاء فى « الشهر تسع وعشرون » ، من كتاب الصيام . سنن ابن ماجه ١ / ٥٣٠ . والإمام أحمد ، فى : المسند ١ / ١٨٤ ، ٢ / ٢٨ ، ٤٣ ، ٤٤ ، ٥٢ ، ٨١ ، ١٢٢ ، ١٢٥ ، ٣ / ٣٢٩ ، ٥ / ٤٢ .

(٢٥) فى ا : « الطلاق » .

(٢٦) فى ا ، ب ، م : « التطليق » .

(٢٧) سقط من : الأصل .

(٢٨) سقط من : ا ، ب ، م .

« الإرشاد » على روايتَيْنِ ؛ إحْداهما ، يَقَعُ . وهو قولُ الشَّعْبىِّ ، والنَّخَعىِّ ، والزُّهْرِىِّ ، والحَكَمِ ؛ لما ذكَرْنا . والثّانيةُ ، لا يَقَعُ إلّا بِنيَّةٍ . وهو قولُ أبى حنيفةَ ، ومالكٍ ، ومَنْصوصُ الشّافعىِّ ؛ لأنَّ الكتابةَ مُحْتَمِلَةٌ ، فإنَّه يُقصَدُ بها تَجْرِبةُ القَلَمِ ، وتجويدُ الخَطِّ ، وغَمُّ الأهلِ ، فلم يَقَعْ [٢٩]مِن غيرِ[٢٩] نِيَّةٍ ، ككناياتِ الطَّلاقِ . فإن نَوَى بذلك تَجْوِيدَ خَطِّه ، أو تَجْرِبَةَ قَلَمِه ، لم يَقَعْ ؛ لأنَّه لو نَوَى باللَّفْظِ غيرَ الإيقاعِ ، لم يَقَعْ ، فالكتابةُ أوْلَى . وإذا ادَّعى ذلك ، دِينَ فيما بينَه وبينَ اللهِ تعالى ، ويُقبَلُ أيضًا فى الحُكمِ فى أصَحِّ الوجهَيْنِ ؛ لأنَّه يُقْبَلُ ذلك فى اللَّفظِ الصَّريحِ ، فى أحدِ الوجهَيْنِ ؛ فههُنا مع أنَّه ليس بلفظٍ أوْلَى . وإن قال : نَوَيتُ غمَّ أهلى . فقد قال ، فى روايةِ أبى طالبٍ ، فى مَن كتبَ طلاقَ زوجتِه ، ونَوَى الطَّلاقَ : وقَعَ ، وإن أرادَ أنْ يَغُمَّ أهلَه ، فقد عَمِلَ فى ذلك أيضًا . يعنى أنَّه يُؤاخَذُ به ؛ لقولِ النَّبىِّ ﷺ : « إنَّ اللهَ عَفَا لِأُمَّتِى عَمَّا حَدَّثَتْ بِهِ أنْفُسَهَا مَا لَمْ تَكَلَّمْ أَوْ تَعْمَلْ بِهِ »[٣٠] . فظاهِرُ هذا أنَّه أوْقَعَ الطَّلاقَ ؛ لأنَّ غَمَّ أهلِه يَحْصُلُ بالطَّلاقِ ، فيَجتَمِعُ غمُّ أهلِه ووُقوعُ[٣١] طلاقِه ، كما لو قال : أنتِ طالقٌ . يريدُ به غَمَّها . ويَحْتَمِلُ أن لا يقعَ ؛ لأنَّه أرادَ غمَّ أهلِه بِتَوَهُّمِ الطَّلاقِ ، دُونَ حقيقتِه ، فلا يَكونُ ناوِيًا للطَّلاقِ ، والخبرُ إنَّما يَدُلُّ على مؤاخذتِه بما نَواهُ عندَ العملِ به ، أو الكلامِ ، وهذا لم يَنْوِ طَلاقًا ، فلا يُؤاخَذُ به .

فصل : وإن كتَبَه بشىءٍ لا يَبِينُ ، مثل أنْ كتَبَ[٣٢] بأُصْبُعِه على وِسادَةٍ ، أو فى[٣٣] الهواءِ ، فظاهِرُ كلامِ أحمدَ ، أنَّه لا يقعُ . وقال أبو حفصٍ العُكْبَرِىُّ : يَقَعُ[٣٤] . ورَوَاه الأثْرَمُ عن الشَّعْبىِّ ؛ لأنَّه كَتَبَ حروفَ الطَّلاقِ ، فأشْبَهَ ما لو كتَبَه بشىءٍ يَبِينُ . والأوَّلُ

(٢٩-٢٩) فى ا : « بغير » .
(٣٠) تقدم تخريجه فى : ٩ / ٢٧٢ . وانظر : ١ / ١٤٦ .
(٣١) فى ا ، ب ، م : « ووقع » .
(٣٢) فى ب ، م : « كتبه » .
(٣٣) سقط من : ب ، م .
(٣٤) فى ا زيادة : « به » .

أَوْلَى ؛ لأَنَّ الكِتابةَ[٣٥] التى لا تَبِينُ ، كالهَمْسِ بالْفَمِ ، بما لا يَتَبَيَّنُ[٣٦] ، وثَمَّ لا يَقَعُ ، فهـٰهُنا أَوْلَى .

٣٢/٨و

فصل : إذا كتَبَ / [٣٧]إلى زَوْجتِه[٣٧] : أنتِ طالقٌ . ثم اسْتَمَدَّ ، فكتَبَ : إذا أتاكِ كتابى[٣٨] . أو علَّقَه بشَرْطٍ ، أو اسْتِثْناءٍ ، وكان فى حالِ كتابَتِه للطَّلاقِ[٣٩] مُرِيدًا للشَّرْطِ ، لم يَقَعْ طلاقُه فى الحالِ ؛ لأنَّه لم يَنْوِ الطَّلاقَ فى الحالِ ، بل نَوَاهُ فى وقتٍ آخَرَ . وإنْ كان نَوَى الطَّلاقَ فى الحالِ ، غيرَ مُعَلِّقٍ بشرطٍ ، طَلُقَتْ للحالِ[٤٠] . وإنْ لم يَنْوِ شيئًا ، وقُلْنا : إنَّ المُطْلَقَ يَقَعُ به الطَّلاقُ . نَظَرْنا ، فإن كان اسْتِمْدَادُه[٤١] لحاجةٍ ، أو عادةٍ ، لم يَقَعْ طلاقٌ قبلَ وُجودِ الشَّرْطِ ؛ لأنَّه لو قال : أنتِ طالقٌ . ثم أدْرَكَه النَّفَسُ ، أو شىءٌ يُسْكِتُه[٤٢] ، فسَكَتَ لذلك ، ثم أتَى بشَرْطٍ تَعلَّقَ به ، فالكتابةُ أَوْلَى . وإن اسْتَمَدَّ لغيرِ حاجةٍ ولا عادةٍ ، وقَعَ الطَّلاقُ ، كما لو سكَتَ بعدَ قولِه : أنتِ طالقٌ . لغيرِ حاجةٍ ، ثم ذكَرَ شَرْطًا . وإنْ قال : إننى كتَبْتُه مُرِيدًا للشَّرْطِ . فقياسُ قولِ أصحابِنا ، أنَّها لا تَطْلُقُ قبلَ الشَّرْط ، إلَّا أنَّه يَدِينُ . وهل يُقْبَلُ فى الحُكمِ ؟ على وَجْهينِ ، بناءً على قولِهم فى مَن قال : أنتِ طالقٌ . ثم قال : أردتُ تعليقَه على شرطٍ . وإن كَتَبَ إلى امرأتِه : أمَّا بعدُ ، فأنتِ طالقٌ . طَلُقَتْ فى الحالِ ، سواءٌ وصلَ إليها الكتابُ ، أو لم يَصِلْ . وعِدَّتُها مِن حِينَ كتَبَه . وإنْ كتبَ إليها : إذا وَصَلَكِ كتابى فأنتِ طالقٌ . فأتاها الكتابُ ، طَلُقَتْ عندَ وُصولِه إليها ، وإنْ ضاعَ ولم يَصِلْها ، لم تَطْلُقْ ؛ لأنَّ الشَّرْطَ وُصولُه . وإن

---

(٣٥) فى م : « الكتاب » .

(٣٦) فى الأصل : « يستبين » .

(٣٧ – ٣٧) فى م : « لزوجته » .

(٣٨) فى ا زيادة : « فأنت طالق » .

(٣٩) فى الأصل : « الطلاق » .

(٤٠) فى ب : « فى الحال » .

(٤١) فى ا ، ب ، م : « استمدادا » .

(٤٢) فى الأصل : « سكته » .

ذهبَتْ كتابَتُه[٤٣] بمَحْوٍ ، أو غيرِه ، ووصلَ الكاغدُ[٤٤] ، لم تَطْلُقْ ؛ لأنَّه ليس بكتابٍ . وكذلك إن انْطَمَسَ ما فيه لعَرَقٍ ، أو غيرِه ؛ لأنَّ الكتابَ عبارةٌ عمَّا فيه الكِتابَةُ . وإن ذَهَبَتْ حَواشِيه ، أو تَخَرَّقَ منه شيءٌ ، لا يُخْرِجُه عن كَوْنِه كتابًا ، ووصلَ باقِيه ، طَلُقَتْ ؛ لأنَّ الباقِيَ كتابٌ . وإن تَخَرَّقَ بعضُ ما فيه الكتابةُ ، سِوَى ما فيه ذِكْرُ الطّلاقِ ، فوصَلَ ، طَلُقَتْ ؛ لأنَّ المقْصودَ[٤٥] باقٍ ، فيَنْصرِفُ الاسمُ إليه . وإن تَخَرّقَ ما فيه ذِكْرُ الطَّلاقِ ، فذَهَبَ ، ووصلَ باقِيه ، لم تَطْلُقْ ؛ لأنَّ المقصودَ ذاهبٌ . فإنْ قال لها : إذا أتاكِ طَلاقِي ، فأنتِ طالقٌ . ثم كتَبَ إليها : إذا أتاكِ كتابِى ، فأنتِ طالقٌ . فأتاها الكتابُ ، طَلُقَتْ طَلْقتَيْنِ ؛ لوُجودِ الصِّفتَيْنِ فى مَجِىءِ الكتابِ . فإن قال : أردتُ إذا أتاكِ كتابِى ، فأنتِ طالقٌ بذلك الطّلاقِ الذى عَلَّقْتُه . دِينَ . وهل يُقبَلُ فى الحُكمِ ؟ يُخَرَّجُ على روايتَيْنِ .

٨/٣٢ظ **فصل** : ولا يَثبُتُ الكتابُ / بالطَّلاقِ إلَّا بشاهدَيْنِ عَدْلَيْنِ ، أنَّ هذا كِتابُه . قال أحمدُ ، فى روايةِ حَرْبٍ ؛ فى امرأةٍ أتاها كتابُ زوجِها بخطِّه وخاتَمِه بالطَّلاقِ : لا تَتَزوَّجُ حتى يَشْهَدَ عندَها شهودٌ عَدُولٌ . قيل له : فإنْ شَهِدَ حاملُ الكتابِ ؟ قال : لَا ، إلَّا شاهدانِ . فلم يَقْبَلْ قولَ حاملِ الكِتابِ وحْدَه ، حتى يشهدَ معه غيرُه ؛ لأنَّ الكُتُبَ المُثْبِتَةَ للحقوقِ لا تَثْبُتُ إلَّا بشاهدَيْنِ ، ككتابِ القاضى . وظاهرُ كلامِ أحمدَ ، أنَّ الكتابَ يثْبُتُ عندَها بشهادَتِهما بين يَدَيْها ، وإنْ لم يشْهدَا به عندَ الحاكمِ ؛ لأنَّ أثرَه فى حقِّها فى العِدَّةِ ، وجوازِ التَّزويجِ بعدَ انْقضائِها ، وهذا معنًى يَخْتصُّ بها[٤٦] لا يَثْبُتُ به حقٌّ[٤٧] على الغَيْرِ ، فاكْتُفِىَ فيه بسَماعِها للشَّهادةِ . ولو شَهِدَ شاهدانِ ، أنَّ هذا خطُّ

---

(٤٣) فى ب : « الكتابة » .

(٤٤) الكاغد : الورق .

(٤٥) فى م : « الاسم » .

(٤٦) فى ا ، ب ، م : « به » .

(٤٧) فى الأصل : « حقا » .

فلانٍ ، لم يُقْبَلْ ؛ لأنَّ الخطَّ يُشبَّهُ[٤٨] به ويُزَوَّرُ ، ولهذا لم يَقْبَلْه الحاكمُ ، ولو اكتُفِىَ بمعرفةِ الخطِّ ، لاكتُفِىَ بمعرفتِها له مِن غيرِ شهادةٍ . وذكرَ القاضى أنَّه لا يَصِحُّ شهادةُ الشاهدَيْنِ ، حتى يُشاهِداه يكْتُبُه ، ثم لا يَغِيبُ عنهما حتى يُؤَدِّيا الشَّهادةَ . وهذا مذهبُ الشَّافعيِّ . والصَّحيحُ ، أنَّ هذا ليس بشَرْطٍ ، فإنَّ كتابَ القاضى لا يُشتَرَطُ فيه ذلك ، فهذا أوْلَى . وقد يكونُ صاحبُ الكتابِ لا يَعرفُ الكتابةَ ، وإنَّما يَسْتَنِيبُ فيها ، وقد يَسْتنيبُ فيها[٤٩] من يَعْرِفُها ، بل متى أتاهما[٥٠] بكتابٍ ، وقرأه عليهما ، وقال : هذا كتابى . كان لهما أنْ يَشْهَدا به .

---

(٤٨) فى ا زيادة : « الخط » .

(٤٩) فى ا ، ب : « فى الكتابة » .

(٥٠) فى م : « أتاها » .

بابُ الطَّلاقِ بالحِسَاب

١٢٧٩ – مسألة ؛ قال : (**وَإذَا قَالَ لَهَا : نِصْفُكِ طَالِقٌ ، أَوْ يَدُكِ ، أَو عُضْوٌ مِنْ أَعْضَائِكِ طَالِقٌ . أَوْ قَالَ لَهَا : أَنْتِ طَالِقٌ نِصْفَ تَطْلِيقَةٍ ، أَوْ رُبْعَ تَطْلِيقَةٍ . وَقَعَتْ بِهَا وَاحِدَةٌ**)

الكلامُ فى هذه المسألةِ فى فصلَيْنِ :

أحدُهما ، أنَّه إذا طَلَّقَ جُزءًا منها . والثّانى ، إذا طَلّقَ جزءًا مِن طَلْقةٍ .

فأمّا الأوّلُ ، فإنَّه متى طَلَّقَ من المرأةِ جُزءًا مِن أجزائِها الثّابتةِ ، طَلُقَتْ كُلُّها ، سَواءٌ كان جُزءًا شائعًا ، كنِصْفِها ، أو سُدْسِها ، أو جزءًا مِن ألْفِ جُزءٍ منها ، أو جُزءًا مُعَيَّنًا ، كيَدِها ، أو رأْسِها ، أو أُصْبُعِها . وهذا قولُ الحسنِ ، ومذهبُ الشّافعىِّ ، وأبى ثَوْرٍ ، وابن القاسمِ صاحبِ مالكٍ . وذهَب[1] أصحابُ الرَّأىِ ، إلى أنَّه إن أضافَه إلى جُزءٍ شائعٍ ، أو واحدٍ من أعْضاءٍ خمسةٍ ؛ الرّأسِ ، والوجهِ ، والرَّقَبةِ ، والظَّهْرِ ، والفَرْجِ ، طَلُقَتْ . وإنْ أضافه / إلى جُزءٍ مُعَيَّنٍ، غيرِ هذه الخمسةِ، لم تَطْلُقْ؛ لأنَّه جزءٌ تَبْقَى الجُملةُ[2] بدُونِه ، أو جزءٌ لا يُعبَّرُ به عن الجملةِ ، فلم تَطْلُقِ المرأةُ بإضافةِ الطّلاقِ إليه ، كالسِّنِّ ، والظُّفْرِ . ولَنا ، أنَّه أضافَ الطَّلاقَ إلى جُزْءٍ ثابتٍ ، اسْتباحَه بعَقْدِ النِّكاحِ ، فأشْبَهَ الجزءَ الشائعَ ، والأعضاءَ الخمسةَ ، ولأنَّها جُملةٌ لا تَتَبَعَّضُ فى الحِلِّ والحُرْمَةِ ، وُجِدَ فيها ما يَقْتضِى التَّحْريمَ والإباحةَ ، فغَلَبَ فيها حُكْمُ التَّحْريمِ ، كما لو اشْتَرَكَ مسلمٌ ومَجُوسىٌّ فى قتلِ صَيْدٍ ، وفارَقَ ما قاسُوا عليه ؛ فإنَّه ليس بثابتٍ ، والشَّعْرُ والظُّفرُ ليس بثابتٍ ، فإنَّهما

٣٣/٨و

(١) فى م : « ومذهب » .

(٢) فى ب ، م زيادة : « منه » .

يَزُولانِ ويَخْرُجُ غيرُهما ، ولا يَنْقُضُ مَسُّهما الطَّهارةَ .

الفصلُ الثّانى : إذا طلَّقَها نِصفَ تطْليقةٍ ، أو جُزْءًا منها وإنْ قلَّ ، فإنَّه يقعُ بها طلقةٌ كاملةٌ ، فى قولِ عامَّةِ أهلِ العلمِ ، إلَّا داودَ ، قال : لا تَطْلُقُ بذلك . قال ابنُ المُنْذِرِ : أجْمَعَ كلُّ مَن أحْفظُ عنه من أهلِ العلمِ ، على[3] أنَّها تَطْلُقُ بذلك ؛ منهم الشَّعْبىُّ ، والحارِثُ العُكْلِىُّ ، والزُّهْرِىُّ ، وقَتادةُ ، والشّافعىُّ ، وأصحابُ الرَّأْىِ ، وأبو عُبَيدٍ . قال أبو عُبَيْدٍ : وهو قولُ مالكٍ ، وأهلِ الحجازِ ، والثَّوْرِىِّ ، وأهلِ العراقِ ، وذلك لأنَّ ذِكْرَ بعضِ مالا يَتَبَعَّضُ [4]فى الطَّلاقِ[4] ذكرٌ لجميعِه ، كما لو قال : نِصْفُك طالقٌ .

فصل : فإن قال : أنتِ طالقٌ نِصْفَىْ طَلْقةٍ . وقعَتْ طلقةٌ[5] ؛ لأنَّ نِصْفَىِ الشىءِ كُلُّه . وإن قال : ثلاثةَ أنْصافِ طَلْقةٍ . طَلُقَتْ طَلْقتَيْنِ ؛ لأنَّ ثلاثةَ أنْصافٍ طلقةٌ ونصفٌ ، فكُمِّلَ النِّصْفُ[6] ، فصارا طَلْقتينِ . وهذا وَجْهٌ لأصحابِ الشّافعىِّ . ولهم وَجْهٌ آخرُ ، أنَّها لا تَطْلُقُ إلَّا واحدةً ؛ لأنَّه جعلَ الأنْصافَ من طلقةٍ واحدةٍ ، فيَسْقُطُ ما ليس منها ، وتقَعُ طَلْقةٌ . ولا يَصِحُّ ؛ لأنَّ إسْقاطَ الطَّلاقِ المُوقَعِ مِن الأهلِ فى المحلِّ لا سبيلَ إليه ، وإنَّما الإضافةُ إلى الطلقةِ الواحدةِ غيرُ صَحيحَةٍ[7] ، فلَغَتِ الإضافةُ . وإن قال : أنتِ طالقٌ نصفَ طَلْقَتينِ . طَلُقَتْ واحدةً ؛ لأنَّ نِصفَ الطَّلقتَيْنِ طلقةٌ . وذكرَ أصحابُ الشّافعىِّ وَجْهًا آخرَ ، أنَّه يَقعُ طَلْقتانِ ؛ لأنَّ اللَّفظَ يَقْتضِى النِّصفَ مِن كلِّ واحدةٍ منهما ، ثم يُكَمَّلُ[8] . وما ذكَرْناه أوْلَى ؛ لأنَّ التَّنْصِيفَ يَتَحقَّقُ به ، وفيه عَمَلٌ باليقينِ ، وإلْغاءُ الشَّكِّ ، وإيقاعُ ما أوْقَعَه مِن غيرِ زيادةٍ ، فكان أوْلَى . وإن قال : أنتِ

---

(٣) سقط من : ا .
(٤ - ٤) سقط من : ب ، م .
(٥) فى ا : « واحدة » .
(٦) فى ا : « نصف » .
(٧) فى ب ، م : « صحيح » .
(٨) فى الأصل : « كمل » .

طالقٌ نِصْفَىْ طَلْقتينِ . وقعَتْ طَلْقتانِ ؛ لأنَّ نِصْفَي الشيءِ جميعُه ، فهو كما لو قال : أنتِ طالقٌ طَلْقتينِ . / وإن قال : أنتِ طالقٌ نصفَ ثلاثِ طَلقاتٍ . طَلُقَتْ طَلْقتينِ ؛ لأنَّ نِصْفَها طلقةٌ ونصفٌ ، ثم يُكَمَّلُ النِّصفُ ، فَتَصِيرُ طَلْقتينِ .

٣٣/٨ظ

فصل : وإن قال : أنتِ طالقٌ نِصفَ وثُلُثَ وسُدْسَ طلقةٍ . وقعَتْ طلقةٌ ؛ لأنَّها أجْزاءُ الطَّلْقةِ . ولو قال : أنتِ طالقٌ نِصفَ طلقةٍ وثُلُثَ طلقةٍ وسُدْسَ طَلْقةٍ . فقال أصحابُنا : يقعُ ثلاثٌ ؛ لأنَّه عطفَ جُزْءًا من طَلْقةٍ على جُزْءٍ من طَلْقةٍ ، فظاهِرُه[9] أنَّها طَلَقاتٌ مُتَغايِرَةٌ ، ولأنَّها لو كانت الثّانيةُ هى الأُولَى ، لجاءَ بها بلامِ التَّعْريفِ فقال : ثُلُثَ الطَّلْقةِ وسُدْسَ الطَّلْقةِ . فإنّ أهلَ العربيَّةِ قالوا : إذا ذُكِرَ لفظٌ ، ثم أُعِيدَ مُنَكَّرًا ، فالثّانى غيرُ الأوَّلِ ، وإن أُعيدَ مُعَرَّفًا بالألِفِ واللّامِ ، فالثّانى هو الأوّلُ ، كقولِه تعالى : ﴿ إِنَّ مَعَ ٱلْعُسْرِ يُسْرًا * إِنَّ مَعَ ٱلْعُسْرِ يُسْرًا ﴾[10] . فالعُسرُ الثّانى هو الأوّلُ ؛ لإعادَتِه مُعرَّفًا ، واليُسْرُ الثّانى غيرُ الأوَّلِ ؛ لإعادتِه مُنَكَّرًا ، ولهذا قيلَ : لَن يَغلِبَ عُسْرٌ يُسْرَينِ . وقيل : لو أرادَ بالثّانيةِ الأُولَى ، لَذكَرَها بالضَّميرِ ؛ لأنَّه الأُولَى . وإن قال : أنتِ طالقٌ نصفَ طلْقةٍ ، ثُلُثَ طَلْقةٍ ، سُدْسَ طَلْقةٍ . طَلُقَتْ طَلْقةً ؛ لأنَّه لم يَعْطِفْ بواوِ العطفِ ، فيَدُلُّ على أنَّ هذه الأجْزاءَ من طَلْقةٍ غيرِ مُتغايِرةٍ ، ولأنَّه[11] يكونُ الثّانى هٰهُنا بدَلًا من الأوَّلِ ، والثّالثُ من الثّانى ، والبَدَلُ هو المُبْدَلُ أو بعضُه ، فلم يَقْتَضِ المُغايرةَ . وعلى هذا التَّعْليلِ لو قال : أنتِ طالقٌ طَلْقةً ، نِصفَ طَلْقةٍ ، أو طَلْقةً طلقةً . لم تَطْلُقْ إلَّا طَلْقةً . فإن قال : أنتِ طالقٌ نِصْفًا ، وثُلُثًا ، وسُدْسًا . لم يَقَعْ إلَّا طَلْقةٌ ؛ لأنَّ هذه أجْزاءُ الطَّلْقةِ ، إلَّا أن يُريدَ مِن كلِّ طَلْقةٍ جُزْءًا ، فتَطْلُقُ ثلاثًا . ولو قال : أنتِ طالقٌ نصفًا ، وثُلُثًا ، ورُبعًا . طَلُقَتْ طَلْقتينِ ؛ لأنَّه يَزِيدُ على الطَّلْقةِ نصفَ سُدْسٍ ، ثم يُكَمَّلُ . وإنْ أراد مِن كلِّ طَلْقةٍ جُزْءًا ، طَلُقَتْ ثلاثًا . وإن قال : أنتِ طَلْقةٌ . أو : أنتِ نصفُ طَلْقةٍ . أو أنتِ نصفُ طلقةٍ

---

(٩) فى ا : « فظاهر هذا » .

(١٠) سورة الشرح ٥ ، ٦ .

(١١) فى الأصل : « ولا » .

ثُلُثُ طلقةٍ سُدسُ طلقةٍ ، أو أنتِ نصفُ طالقٍ . وقعَ بها طَلْقةٌ ؛ بِناءً على قولِنا فى : أنتِ الطَّلاقُ . أنَّه صريحٌ فى الطَّلاقِ ، وهٰهُنا مثلُه .

فصل : فإن قال لأربعِ نِسْوةٍ له : أوْقَعْتُ بينَكُنَّ طَلْقةً . طَلُقَتْ كلُّ واحدةٍ منهنَّ طَلْقةً . كذلك قال الحسنُ ، والشّافعىُّ ، وابنُ القاسمِ ، وأبو عُبَيدٍ ، وأصحابُ الرَّأْىِ ؛ لأنَّ اللَّفْظَ اقْتضَى قَسْمَها بينهنَّ ، لكلِّ واحدةٍ رُبْعُها ، ثم تُكمَّلُ[12] . وإن قال : بيْنكُنَّ طَلْقةٌ . فكذلك . نَصَّ عليه أحمدُ ؛ لأنَّ مَعْناه أوْقَعْتُ بينَكُنَّ طلقةً . وإن قال : أوْقَعْتُ بينَكُنَّ طَلْقتينِ . وقعَ بكلِّ واحدةٍ طَلْقةٌ . ذكَره أبو / الخَطَّابِ . وهو قولُ أبى حنيفةَ ، والشّافعىِّ . وقال أبو بكرٍ ، والقاضى : تَطْلُقُ كلُّ واحدةٍ طَلْقتينِ . ورُوِىَ[13] عن أحمدَ ما يَدُلُّ عليه ، فإنَّه رُوِىَ عنه ، فى رجلٍ قال : أوْقَعْتُ بينكُنَّ ثلاثَ تطْليقاتٍ : ما أرَى إلَّا قد بِنَّ منه ؛ لأنَّنا إذا قَسَمْنا كلَّ طَلْقةٍ بينهنَّ ، حَصَلَ لكلِّ واحدةٍ جُزْءانِ من طَلْقتينِ ، ثم تُكمَّلُ[14] . والأوَّلُ أوْلَى ؛ لأنَّه لو قال : أنتِ طالقٌ نِصفَ طَلْقتينِ . طَلُقَتْ واحدةً ، ويُكَمَّلُ نَصِيبُها من الطَّلاقِ فى واحدةٍ ، فيكونُ لكلِّ واحدةٍ نصفٌ ، ثم يُكمَّلُ طلقةً واحدةً ، وإنَّما يُقْسَمُ بالأجْزاءِ مع الاخْتلافِ ، كالدُّورِ ونحوِها من المُخْتَلِفاتِ ، أما الجُمَلُ المُتَساوِيةُ[15] من جنسٍ كالنُّقودِ ، فإنَّما تُقْسَمُ بِرُءُوسِها[16] . ويُكَمَّلُ نصيبُ كلِّ واحدٍ من واحدٍ ، كأربعةٍ لهم دِرْهَمانِ صحيحانِ ، فإنه يُجعَلُ لكلِّ واحدٍ نصفٌ مِن درهمٍ[17] واحدٍ ، والطَّلقاتُ لا اختلافَ فيها ؛ ولأنَّ فيما ذكرناه أخْذًا باليَقينِ ، فكان أوْلَى من إيقاعِ طَلْقةٍ زائدةٍ بالشَّكِّ . فإن أرادَ قِسْمَةَ كلِّ طَلْقةٍ بينهنَّ ، فهو على ما قال أبو بكرٍ . وإن قال : أوْقَعْتُ بينكُنَّ ثلاثَ طلقاتٍ ، أو أربعَ طلقاتٍ . فعلى قَوْلِنا : تَطْلُقُ

(١٢) فى م : « تكملت » .

(١٣) فى ا ، م : « ويروى » .

(١٤) فى ب : « كمل » .

(١٥) فى ا : « المساوية » .

(١٦) فى ب : « رءوسها » .

(١٧) فى ب زيادة : « صحيح » .

كلُّ واحدةٍ طلقةً ، وعلى قولِهما يَطْلُقْنَ ثلاثًا ثلاثًا . وإن قال : أوْقَعْتُ بينَكُنَّ خمسَ طَلقاتٍ[18] . وقعَ بكلِّ واحدةٍ طَلْقتانِ . كذلك قال الحسنُ ، وقَتادَةُ ، والشّافعيُّ ، وأبو ثورٍ ، وأصحابُ الرَّأْيِ ؛ لأنَّ نصيبَ كلِّ واحدةٍ طَلْقةٌ ورُبعٌ ، ثم تُكمَّلُ . وكذلك إنْ قال : ستًّا ، أو سبعًا ، أو ثمانيًا . وإن قال : أوْقَعْتُ بينكُنَّ تسعًا . طَلُقْنَ ثلاثًا ثلاثًا .

فصل : فإن قال : أوْقَعْتُ بينَكُنَّ طَلْقةً وطَلْقةً[19] وطلقةً . وقعَ بكلِّ واحدةٍ مِنهنَّ ثلاثٌ ؛ لأنَّه لمَّا عطفَ ، وَجَبَ قَسْمُ كلِّ طَلْقةٍ على حِدَتِها ، ويَسْتوِى فى ذلك المدْخولُ بها وغيرُها فى قياسِ المذهبِ ؛ لأنَّ الواوَ لا تَقْتضِى تَرْتيبًا . وإن قال : أوْقَعْتُ بينَكُنَّ [20] نِصْفَ طَلْقةٍ وثُلُثَ طلقةٍ وسُدْسَ طَلْقةٍ . فكذلك ؛ لأنَّ هذا يَقْتضِى وُقوعَ ثلاثٍ ، على ما قَدَّمْنا . وإن قال : أوْقَعْتُ بينَكُنَّ طلقةً فطلقةً فطلقةً ، أو طلقةً ثم طلقةً ثم طلقةً ، أو : أوقعتُ بينَكُنَّ[20] طلقةً وأوْقَعْتُ بينَكُنَّ طلقةً وأوْقَعتُ بينكنَّ طلقةً . طَلُقْنَ ثلاثًا ، إلَّا التى لم يَدْخُلْ بها ، فإنَّها لا تَطْلُقُ إلَّا واحدةً ؛ لأنَّها بانَتْ بالأُولَى ، فلم يَلْحَقْها ما بعدَها .

فصل : فإن قال لنسَائِه : أنْتُنَّ طَوالِقُ ثلاثًا . أو : طَلَّقْتُكُنَّ ثلاثًا . طَلُقْنَ ثلاثًا ثلاثًا . نصَّ عليه أحمدُ ؛ لأنَّ قولَه طلَّقْتكُنَّ . يَقْتضِى تطْليقَ كلِّ واحدةٍ مِنهنَّ ، وتَعْمِيمَهُنّ به ، ثم وَصَفَ ما عَمَّمَهُنَّ[21] به من الطَّلاقِ بأنَّه ثلاثٌ ، فصار لكلِّ واحدةٍ ثلاثٌ ، بخلافِ قوله : أوْقَعْتُ بينَكُنَّ ثلاثًا . فإنَّه يَقْتضِى قِسْمَةَ الثّلاثِ عليهنَّ[22] ، لكلِّ واحدةٍ منهنَّ جُزْءٌ منها / ، وجُزءُ الواحدةِ مِنَ الثَّلاثِ ثلاثةُ أرْباعِ تَطْليقةٍ . ٨/٣٤ظ

---

(١٨) فى الأصل : « تطليقات » .

(١٩) سقطت الواو من : م .

(٢٠ – ٢٠) سقط من : الأصل . نقل نظر .

(٢١) فى ا ، ب ، م : « عمهن » .

(٢٢) فى ا ، م : « عليها » .

١٢٨٠ ــ مسألة ؛ قال : (**وَإِنْ قَالَ لَهَا : شَعْرُكِ أَوْ ظُفْرُكِ طَالِقٌ . لَمْ تَطْلُقْ**)

لأنَّ الشَّعْرَ والظُّفرَ يَزُولانِ ، ويَخرُجُ غيرُهما ، فليس هما كالأعْضاءِ الثَّابتةِ . وبهذا قال أصْحابُ الرَّأْيِ . وقال مالكٌ ، والشَّافعيُّ : تَطْلُقُ بذلك . ونحْوُه عن الحَسَنِ ؛ لأنَّه جزءٌ يُسْتَبَاحُ بنكاحِها ، فتَطْلُقُ بطلاقِه[١] ، كالأُصْبُعِ . ولَنا ، أنَّه جزءٌ يَنْفصِلُ عنها فى حالِ السَّلامةِ ، فلم[٢] تَطْلُقْ بطَلاقِه ، كالْحَمْلِ والرِّيقِ ، فإنَّه لا خلافَ فيهما ، وفارقَ الأُصْبُعَ ، فإنَّها لا تَنْفَصِلُ فى حالِ السَّلامةِ[٣] ، ولأنَّ الشَّعْرَ لا رُوحَ فيه ، ولا يَنْجُسُ بمَوْتِ الحيوانِ ، ولا يَنْقُضُ الوُضُوءَ مَسُّه ، فأشبَهَ العَرَقَ والرِّيقَ واللَّبَنَ ، ولأنَّ الحَمْلَ مُتَّصِلٌ بها ، وإنَّما لم تَطْلُقْ بطَلاقِه ؛ لأنَّ مآلَه إلى الانْفِصالِ ، وهذه كذلك ، والسِّنُّ فى معناهما ؛ لأنَّها[٤] تَزُولُ مِن الصَّغيرِ ، ويخْلُفُ[٥] غيرُها ، وتَنقَلِعُ مِن الكبيرِ .

فصل : وإنْ أضافَه إلى الرِّيقِ ، والدَّمْعِ ، والعَرَقِ ، والحَمْلِ ، لم تَطْلُقْ . لا نَعْلَمُ فيه خلافًا ؛ لأنَّ هذه ليست مِن جِسْمِها ، وإنَّما الرِّيقُ والدَّمْعُ والعَرَقُ فَضَلاتٌ تَخرُجُ مِن جِسْمِها ، فهو كلَبَنِها ، والحَمْلُ مُودَعٌ فيها ، قال اللهُ تعالى : ﴿ وَهُوَ ٱلَّذِىٓ أَنشَأَكُم مِّن نَّفْسٍ وَٰحِدَةٍ فَمُسْتَقَرٌّ وَمُسْتَوْدَعٌ ﴾[٦] . قيل : مُسْتَوْدَعٌ فى بطنِ الأُمِّ . وإن أضافَه إلى الزَّوجِ ، فقال أبو بكرٍ : لا يَخْتَلِفُ قولُ أحمدَ فى الطَّلاقِ والْعَتاقِ والظِّهارِ والحَرَامِ ، أنَّ هذه الأشياءَ لا تَقَعُ إذا ذَكَرَ أربعةَ أشياءَ ؛ الشَّعْرَ والسِّنَّ والظُّفرَ والرُّوحَ . جرَّدَ القولَ عنه[٧] مُهَنَّا[٨] بنُ يحيى ، والفَضْلُ بنُ زيادٍ القَطَّانُ ، فبذلك أقولُ . ووَجْهُه أنَّ الرُّوحَ ليستْ عُضوًا ، ولا شيئًا يُسْتَمْتَعُ به .

---

(١) فى م : « به » .

(٢) فى ب : « فلا » .

(٣) فى الأصل : « سلامة » .

(٤) فى ب : « ولأنها » .

(٥) فى الأصل ، م : « ويختلف » .

(٦) سورة الأنعام ٩٨ .

(٧) فى م : « عنها » .

(٨) فى م : « منها » .

١٢٨١ – مسألة ؛ قال : (وَإذَا لَمْ يَدْرِ أَطَلَّقَ أَمْ لَا ، فَلَا يَزُولُ يَقِينُ النِّكَاحِ بِشَكِّ الطَّلَاقِ)

وجملةُ ذلك أنَّ مَن شَكَّ فى طلاقِه ، لم يَلْزَمْه حُكمُه . نَصَّ عليه أحمدُ . وهو مذهبُ الشّافعىِّ ، وأصْحاب الرَّأْىِ ؛ لأنَّ النِّكاحَ ثابتٌ بيَقِينٍ ، فلا يَزُولُ بشَكٍّ . والأصلُ فى هذا حديثُ عبدِ اللهِ بنِ زيدٍ ، عن النَّبِىِّ ﷺ ، (١)أنَّه سُئِلَ(١) عن الرَّجُلِ يُخَيَّلُ إليه أنَّه يَجدُ الشَّىْءَ فى الصَّلاةِ ، فقال : « لا يَنْصَرِفْ حَتَّى يَسْمَعَ صَوْتًا أَوْ يَجِدَ رِيحًا » . مُتَّفَقٌ عليه[٢] . فأمَرَه بالبِناءِ على اليَقِينِ ، واطِّراحِ الشَّكِّ . ولأنَّه شَكٌّ طَرَأَ عَلَى يقينٍ ، فوَجَبَ اطِّرَاحُه ، كما لو شَكَّ المُتطهِّرُ فى الحَدَثِ أو المُحْدِثُ[٣] فى الطَّهارةِ ، والوَرَعُ الْتِزامُ الطَّلاقِ ، فإنْ كان[٤] المشْكوكُ فيه طلاقًا رَجْعيًّا ، راجعَ / امرأتَه إنْ كانت مَدْخولًا بها ، أو جدَّدَ نِكاحَها إن كانتْ غيرَ مَدْخُولٍ بها ، أو قد انْقَضَتْ عِدَّتُها . وإن شكَّ فى طلاقِ ثلاثٍ ، طَلَّقَها واحدةً[٥] ، وتركَها ؛ لأنَّه إذا لم يُطَلِّقْها[٦] فيَقينُ نكاحِه باقٍ ، فلا تَحِلُّ لغيرِه . وحُكِىَ عن شَرِيكٍ ، أنَّه إذا شكَّ فى طلاقِه ، طلَّقها واحدةً ، ثم راجعَها ؛ لتكونَ الرَّجْعَةُ عن طَلْقةٍ ، فتكونَ صحيحةً فى الحُكمِ . وليس بشىءٍ ؛ لأنَّ التَّلَفُّظَ بالرَّجْعةِ مُمْكِنٌ مع الشَّكِّ فى الطَّلاقِ ، ولا يَفْتقِرُ إلى ما تَفْتقِرُ إليه العباداتُ مِن النِّيَّةِ ، ولأنَّه لو شَكَّ فى طَلْقتينِ ، فطلَّقَ واحدةً ، لصارَ شاكًّا فى تَحْريمِها عليه ، فلا تُفِيدُه الرَّجْعةُ .

٨/٣٥و

١٢٨٢ – مسألة ؛ قال : (وَإذَا طَلَّقَ فَلَمْ يَدْرِ ؛ أَوَاحِدَةً طَلَّقَ ، أَمْ[١] ثَلَاثًا ، اعْتَزَلَهَا وَعَلَيْهِ نَفَقَتُهَا مَا دَامَتْ فِى الْعِدَّةِ ، فَإنْ رَاجَعَهَا فِى الْعِدَّةِ ، لَزِمَتْهُ النَّفَقَةُ ، وَلَمْ

(١ – ١) سقط من : الأصل .
(٢) تقدم تخريجه فى : ١ / ٢٦٢ ، ٢٦٣ .
(٣) فى الأصل : « والمحدث » .
(٤) سقط من : الأصل .
(٥) فى الأصل : « وحدها » .
(٦) فى ا زيادة : « واحدة » .
(١) فى الأصل : « أو » .

يطَأُهَا حَتَّى يَتَيَقَّنَ كَمِ الطَّلَاقُ ؛ لِأَنَّهُ مُتَيَقِّنٌ لِلتَّحْرِيمِ[2] ، شَاكٌّ فِى التَّحْلِيلِ)

وجملةُ ذلك أنَّه إذا طلَّقَ ، وشكَّ فى عَدَدِ الطَّلاقِ ، فإنَّه يَبْنِى على اليَقِينِ . نَصَّ عليه أحمدُ ، فى روايةِ ابنِ منصورٍ ، فى رجلٍ لَفَظَ[3] بطَلاقِ امرأتِه ، لا يَدْرِى واحدةً أم ثلاثًا ؟ قال : أمَّا الواحدةُ فقد وَجَبَتْ عليه ، وهى عندَه حتى يَسْتَيْقِنَ . وبهذا قال أبو حنيفةَ ، والشَّافعىُّ ؛ لأنَّ ما زادَ على القَدْرِ الذى تيقَّنَه طلاقٌ مَشْكوكٌ فيه ، فلم يَلْزَمْه ، كما لو شكَّ فى أصْلِ الطَّلاقِ . وإذا ثَبَتَ هذا ، فإنَّه تَبْقَى أحْكامُ المُطلِّقِ دونَ الثَّلاثِ من إباحةِ الرَّجْعةِ . وإذا راجعَ[4] وجَبَت النَّفقةُ وحقوقُ الزَّوجيّةِ . قال الخِرَقىُّ : ويَحْرُمُ وَطْؤُها . ونحوُه قولُ مالكٍ ، إلَّا أنَّه حُكِىَ عنه ، أنَّه يَلزمُه الأكْثرُ من الطَّلاقِ المشْكوكِ فيه . وقولهما : تَيقَّنَ فى التَّحْرِيمِ ؛ لأنَّه تَيقَّنَ وجودَه بالطَّلاقِ ، وشَكَّ فى رَفْعِه بالرَّجْعةِ ، فلا يَرْتفعُ بالشَّكِّ ، كما لو أصابَ ثوبَه نجاسةٌ ، وشَكَّ فى مَوْضعِها ، فإنَّه لا يَزُولُ حُكمُ النَّجاسةِ بغَسْلِ موضعٍ (5من الثَّوبِ5) ، ولا يَزُولُ إلَّا بغَسْلِ جميعِه . وفارقَ لُزُومَ النَّفقةِ ، فإنَّها لا تَزولُ بالطَّلْقةِ الواحدةِ ، فهى باقيةٌ ؛ لأنَّها كانت باقيةً ، ولم يَتيقَّنْ زوالَها . وظاهرُ قولِ غيرِ الخِرَقِىِّ من أصْحابِنا ، أنَّه إذا راجَعَها حَلَّتْ له . وهو قولُ[6] أبى حنيفةَ ، والشّافعىِّ . وهو ظاهرُ كلامِ أحمدَ ، فى روايةِ ابن منصورٍ ؛ لأنَّ التّحريمَ المُتعلِّقَ بما يَنْفِيه ، يَزولُ بالرَّجْعةِ يقينًا ، فإنَّ التَّحْريمَ أنواعٌ ؛ تَحريمٌ تُزِيلُه الرَّجْعةُ ، وتحريمٌ يُزيلُه نكاحٌ جديدٌ ، وتحريمٌ يُزيلُه نكاحٌ / بعدَ زَوْجٍ وإصابةٍ ، ومَنْ تَيقَّنَ الأدْنَى ، لا يَثْبُتُ فيه حُكْمُ الأعْلَى ، كَمَنْ تَيقَّنَ الحدثَ الأصغرَ ، لا يثْبُتُ فيه حكمُ الأكبرِ ، ويَزولُ تحريمُ الصَّلاةِ بالطَّهارةِ الصُّغْرَى . ويُخالِفُ الثّوبَ ، فإنَّ غَسْلَ بعضِه لا يَرْفعُ ما تَيقَّنَه مِن

٨/٣٥ظ

---

(٢) فى ب : « التحريم » .

(٣) فى ب : « تلفظ » .

(٤) فى ب : « رجع » .

(٥ - ٥) سقط من : ب .

(٦) سقط من : م .

النَّجاسةِ ، فنَظِيرُ مسْألتِنا أنْ يَتيقَّنَ نجاسةَ كُمِّ الثَّوبِ ، ويَشُكَّ فى نجاسةِ سائرِه ، فإنَّ حُكْمَ النَّجاسةِ فيه يَزولُ بغَسْلِ الكُمِّ وحدَها ، كذا هـٰهُنا[7] . ويُمْكِنُ مَنْعُ حصولِ التَّحْرِيمِ هـٰهُنا ، ومَنْعُ يَقِينِه ، فإنَّ الرَّجعةَ مُباحَةٌ لزوجِها ، فى ظاهرِ المذهبِ ، فما هو إذًا مُتَيَقِّنٌ للتَّحْرِيمِ ، بل شَاكٌّ فيه ، مُتَيَقِّنٌ للإِباحةِ .

فصل : إذا رأى رَجُلانِ طائرًا ، فحَلَفَ أحدُهما بالطَّلاقِ أنَّه غُرابٌ ، وحَلَفَ الآخَرُ بالطَّلاقِ أنَّه حَمَامٌ . فطارَ ولم يَعْلَما حالَه ، لم يُحْكَمْ بِحِنْثِ واحدٍ منهما ؛ لأنَّ يقينَ النِّكاحِ ثابتٌ ، ووُقوعَ الطَّلاقِ مَشْكوكٌ فيه . فإنِ ادَّعَتِ امرأةُ أحدِهما حِنْثَه فيها ، فالقَوْلُ قولُه ؛ لأنَّ الأصْلَ معه ، واليَقِينَ فى جانِبِه . ولو كان الحالِفُ[8] واحدًا ، فقال : إن كانَ غُرابًا ، فنساؤُه طَوالِقُ ، وإن كان حَمامًا ، فعبيدُه أحْرارٌ . أو قال : إنْ كان غُرابًا ، فزينبُ طالِقٌ ، وإن كان حمامًا ، فهندُ طالقٌ . ولم يَعْلَمْ ما هو ، لم يُحْكَمْ بِحِنْثِه فى شىءٍ ؛ لأنَّه مُتيقِّنٌ للنِّكاحِ ، شاكٌّ فى الحِنْثِ ، فلا يَزولُ عن يَقينِ النِّكاحِ والمِلْكِ بالشَّكِّ . فأمَّا إن قال أحدُ الرَّجُلينِ : إن كان غُرابًا فامرأتُه طالقٌ ثلاثًا . وقال الآخَرُ : إنْ لم يَكُنْ غرابًا فامرأتُه طالقٌ ثلاثًا . فطار ، ولم يعلَما حالَه ، فقد حَنِثَ أحدُهما ، لا بعَيْنِه ، ولا يُحْكَمُ به فى حقِّ واحدٍ منهما بعَيْنِه ، بل تَبْقَى فى حقِّه أحْكامُ النِّكاحِ ، مِنَ النَّفقةِ والكُسْوَةِ والسُّكْنَى ؛ لأنَّ كلَّ واحدٍ منهما يَقِينُ نكاحِه باقٍ ، ووُقوعُ طلاقِه مَشْكوكٌ فيه ، فأمَّا الوَطْءُ ، فذكَرَ القاضى أنَّه يَحْرُمُ عليهما ؛ لأنَّ أحدَهما حانِثٌ بيقينٍ ، وامرأتُه مُحَرَّمةٌ عليه ، وقد أشْكَلَ فحَرُمَ عليهما جميعًا ، كما لو حَنِثَ فى إحْدَى امرأتَيْه لا بعَيْنِها . وقال أصحابُ الرَّأْيِ ، والشَّافعىُّ : لا يَحْرُمُ على[9] واحدٍ منهما وَطْءُ امرأتِه ؛ لأنَّه محكومٌ ببقاءِ نكاحِه ، ولم يُحْكَمْ بوقوعِ الطَّلاقِ عليه ، وفارَقَ الحانِثَ فى إحْدَى

---

(7) فى ا ، ب ، م : « هنا » .

(8) فى م : « الحلف » .

(9) فى ب زيادة : « كل » .

امرأتَيْه ؛ لأنَّه معلومٌ زوالُ نكاحِه عن إحْدَى زَوْجَتيْه . قُلْنا : إنَّما تَحقَّقَ حِنْثُه فى واحدةٍ غيرِ مُعيَّنةٍ ، وبالنَّظرِ إلى كلِّ واحدةٍ مُفْرَدةٍ ، فيَقينُ نكاحِها باقٍ ، وطلاقُها مَشْكوكٌ فيه ، لَكِنْ لمَّا تَحقَّقْنا أنَّ إحْدَاهما حرامٌ ، ولم يُمْكِنْ تَمْييزُها ، حَرُمَتا عليه جميعًا . وكذلك هٰهُنا / قد عَلِمْنَا أنَّ أحدَ هٰذينِ الرَّجُلَيْنِ قد طَلُقَتِ امرأتُه ، وحَرُمَتْ عليه ، وتَعذَّرَ التَّمْييزُ ، فيَحْرُمُ الوَطْءُ عليهما ، ويَصيرُ كما لو تَنجَّسَ أحدُ الإِناءَيْنِ لا بعَيْنِه ، فإنَّه يَحْرُمُ اسْتعمالُ كلِّ واحدٍ منهما ، سواءٌ كانا لِرَجُلَيْنِ أو لرجلٍ واحدٍ . وقال مَكْحُولٌ : يُحْمَلُ الطَّلاقُ عليهما جميعًا . ومالَ إليه أبو عُبَيْدٍ . فإن ادَّعَى كلُّ واحدٍ منهما أنَّه عَلِمَ الحالَ ، وأنَّه لم يَحْنَثْ ، دِينَ فيما بينَه وبينَ اللهِ تعالى . ونحوَ هذا قال عطاءٌ ، والشَّعْبىُّ ، والزُّهْرِىُّ ، والحارثُ العُكْلِىُّ ، والثَّوْرِىُّ ، والشّافعىُّ ؛ لأنَّ كلَّ واحدٍ منهما يُمْكِنُ صِدْقُه فيما ادَّعاه . وإنْ أقرَّ كلُّ واحدٍ منهما أنَّه الحانثُ ، طَلُقَتْ زَوْجتاهما بإقْرارِهما على أنْفُسِهما . وإن أقرَّ أحدُهما ، حَنِثَ وحْدَه . وإن ادَّعتِ امرأةُ أحدِهما عليه الحِنْثَ ، فأنكرَ[10] ، فالقولُ قولُه . وهل يَحلِفُ ؟ يُخرَّجُ على روايتَيْنِ .

٨/٣٦و

فصل : فإن قال أحدُهما : إنْ كان هذا غُرابًا ، فعبدى حُرٌّ . وقال الآخَرُ : إن لم يَكُنْ غرابًا ، فعبدِى حُرٌّ . فطارَ ولم يعْلَما حالَه ، لم نَحْكُمْ بِعِتْقِ واحدٍ من العبدَيْنِ . فإن اشْترى أحدُهما عبدَ صاحبِه ، بعدأن أنْكَرَ حِنْثَ نفسِه ، عَتَقَ الذى اشْتراه ؛ لأنَّ إنْكارَه حِنْثَ نفسِه ، اعْترافٌ منه بحِنْثِ صاحبِه ، وإقرارٌ بِعتْقِ الذى اشْتراهُ . وإذا اشْترَى مَنْ أقرَّ بحُرِيَّتِه ، عَتَقَ عليه . وإن لم يَكُنْ منه إنكارٌ ولا اعترافٌ ، فقد صارَ العَبْدانِ فى يَدِه ، وأحدُهما حُرٌّ ، ولم يُعْلَمْ بعَيْنِه ، ويُرْجَعُ فى تَعْيينِه إلى القُرْعَةِ . وهذا قولُ أبى الخَطَّابِ . وذهب القاضى إلى أنَّه يَعْتِقُ الذى اشْتراهُ فى الموضِعَيْنِ ؛ لأنَّ تَمسُّكَه بعبدِه ، اعترافٌ منه برِقِّه وحُرِيَّةِ صاحبِه . وهذا مذهبُ الشّافعىِّ . ولَنا ، أنَّه لم يَعْترِفْ لفظًا ، ولا فعَلَ ما يَلْزَمُ منه الاعْترافُ ، فإنَّ الشَّرْعَ يُسَوِّغُ[11] له إمْساكَ عبدِه مع الجهْلِ ، اسْتنادًا إلى الأصلِ ،

---

(١٠) فى ا ، ب : « فأنكرها » .

(١١) فى الأصل ، ب : « سوغ » .

فكيف يكونُ مُعترفًا ، مع تَصْريحِه بأنَّنى لا أعْلمُ الحُرَّ منهما ؟ وإنَّما اكْتَفينا فى إبْقاءِ رِقِّ عبدِه باحتمالِ الحِنْثِ فى حقِّ صاحبِه ، فإذا صارَ العَبْدانِ له ، وأحدُهما حُرٌّ ، لا بعَيْنِه ، صارَ كأنَّهما كانا له ، فَحَلَفَ بِعِتْقِ أحدِهما وحدَه ، فيُقْرَعُ بينهما حينَئِذٍ . ولو كان الحالفُ واحدًا ، فقال : إنْ كان غُرابًا ، فعَبْدِى حُرٌّ ، وإن لم يكن غرابًا ، فأَمَتِى حُرَّةٌ . ولم يُعْلَمْ حالُه ، فإنَّه يُقْرَعُ بينهما ، فيَعْتِقُ أحدُهما . فإن ادَّعَى أحدُهما أنَّه الذى عَتَقَ ، أو ادَّعَى كلُّ واحدٍ منهما ذلك ، فالقَوْلُ قولُ السَّيِّدِ مع يَمِينِه .

٨/٣٦ظ /**فصل** : وإن قال : إنْ كان غُرابًا ، فهذه طالِقٌ ، وإن لم يَكُنْ غُرابًا ، فهذه الأُخْرَى طالِقٌ . فطارَ ولم يُعْلَمْ حالُه ، فقد طَلُقَتْ إحْدَاهما ، فيَحْرُمُ عليه قُرْبانُهما ، ويُؤْخَذُ بنَفَقَتِهما حتى تَبِينَ المُطَلَّقَةُ منهما ؛ لأنَّهما مَحْبُوسَتانِ عليه لحقِّه . وذهبَ أصْحابُنا إلى أنَّه يُقْرِعُ بينهما ، فتَخرُجُ بالقُرعةِ المُطَلَّقةُ منهما ، كقَوْلنا فى العَبِيدِ . والصَّحيحُ أنَّ القُرْعةَ لا مَدْخَلَ لها هٰهُنا ؛ لما سنذْكُرُه فيما إذا طلَّقَ واحدةً وأُنْسِيَها . وهو قولُ أكثرِ أهلِ العلمِ . فعلى هذا ، يَبْقَى التَّحْريمُ فيهما إلى أن يَعلمَ المُطلَّقةَ منهما ، ويُؤخَذُ بنفقتِهما . فإن قال : هذه التى حَنِثْتُ فيها . حَرُمَتْ عليه ، ويُقْبَلُ قولُه فى حِلِّ الأُخْرَى . فإن ادَّعَتِ التى لم يَعْترِفْ بطلاقِها أنَّها المُطَلَّقةُ ، فالقولُ قولُه ؛ لأنَّه مُنْكِرٌ . وهل يَحْلِفُ ؟ يُخرَّجُ على روايتَيْنِ .

فصل : فإن قال : إن كان غُرابًا ، فنساؤُه طوالِقُ ، وإنْ لم يكُن غُرابًا ، فعَبِيدُه أحْرارٌ . وطارَ ولم يُعْلَمْ حالُه ، مُنِعَ مِن التَّصرُّفِ فى المِلْكَينِ ، حتى يَتبيَّنَ ، وعليه نَفَقَةُ الجميعِ[12] . فإنْ قال : كان غُرابًا . طَلُقَ نساؤُه ، ورَقَّ عبيدُه . فإن ادَّعَى العَبِيدُ[13] أنَّه لم يكُنْ غُرابًا ليَعْتِقُوا ، فالقولُ قولُه . وهل يَحلِفُ ؟ يُخرَّجُ على روايتَيْنِ . وإن قال : لم يكُنْ غرابًا . عَتَقَ عبيدُه ، ولم تَطلُقِ النِّساءُ[14] ، فإن ادَّعَيْنَ أنَّه كان غُرابًا لِيَطْلُقْنَ ،

---

(١٢) فى م : « الجمع » .

(١٣) سقط من : م .

(١٤) فى ا : « نساؤه » .

فالقولُ قولُه . وفى تَحْليفِه وَجْهانِ . وكلُّ موضعٍ قُلْنا : يُسْتَحْلَفُ . فنَكَلَ عن اليَمِينِ ، قُضِيَ عليه بنُكُولِه . وإن قال : لا أعلمُ ما الطَّائرُ ؟ فقياسُ المذهبِ أن يُقْرَعَ بينهما ، فإن وقَعتِ القُرْعةُ على الغُرابِ ، طَلَقَ النِّساءُ ، ورقَّ العبيدُ ، وإن وقعَتْ على العبيدِ ، عَتَقُوا ، ولم تَطْلُقِ النِّساءُ . وهذا قولُ أبي ثورٍ . وقال أصحابُ الشّافعيِّ : إن وقعتِ القُرْعةُ على العبيدِ عَتَقُوا ، وإن وقعتْ على النِّساءِ لم يَطْلُقْنَ ، ولم يَعْتِقِ العَبيدُ ؛ لأنَّ القُرْعةَ لها مدخلٌ فى العِتْقِ ، لكَوْنِ النَّبيِّ ﷺ أقْرَعَ بين العَبيدِ السِّتَّةِ[15] ، ولا مَدْخَلَ لها فى الطَّلاقِ ؛ لأنَّه لم يُنْقَلْ مثلُ ذلك فيه ، ولا يُمْكِنُ قياسُه على العِتْقِ ؛ لأنَّ الطَّلاقَ حَلُّ قَيْدِ النِّكاحِ ، والقُرْعةُ لا تَدْخُلُ فى النِّكاحِ ، والعِتْقَ حَلُّ المِلْكِ ، والقُرْعةُ تَدخُلُ فى تَمْييزِ الأمْلاكِ . قالوا : ولا يُقْرَعُ بينَهم إلَّا بعدَ مَوْتِه . ويُمْكِنُ أن يُقالَ على هذا : إنَّ مالا يَصلُحُ للتَّعْيينِ فى حقِّ المَوْروثِ ، لا يَصلُحُ فى حقِّ الوارثِ ، كما لو كانتِ اليَمِينُ فى زوجتَيْنِ ؛ ولأنَّ الإماءَ مُحرَّماتٌ على الموروثِ تحريمًا لا تُزيلُه / القُرْعةُ ، فلم يُنْجَزْ للوارثِ بها ، كما لو تَعَيَّنَ العِتْقُ فيهنَّ . ٨/٣٧و

١٢٨٣ - مسألة ؛ قال : (وَإِذَا قَالَ لِزَوْجَاتِهِ : إِحْدَاكُنَّ طَالِقٌ . وَلَمْ يَنْوِ وَاحِدَةً بِعَيْنِهَا ، أَقْرِعَ بَيْنَهُنَّ ، فَأُخْرِجَتْ بِالْقُرْعَةِ الْمُطَلَّقَةُ مِنْهُنَّ)

وجملتُه أنَّه إذا طلَّقَ امرأةً مِن نسائِه ، لا بعَيْنِها ، فإنَّها تُخْرَجُ بالقُرعَةِ . نَصَّ عليه فى روايةِ جَماعَةٍ . وبه قال الحسنُ ، وأبو ثَورٍ . وقال قَتادةُ ، ومالكٌ : يَطْلُقْنَ جميعًا . وقال حَمَّادُ بنُ أبى سليمان[1] ، والثَّورِيُّ ، وأبو حنيفةَ ، والشَّافعيُّ : له أنْ يَخْتارَ أيَّتَهُنَّ شاءَ ، فَيُوقِعَ عليها الطَّلاقَ ؛ لأنَّه يَمْلِكُ إيقاعَه ابْتداءً وتَعْيينَه ، فإذا أوْقَعَه ولم يُعَيِّنْه ، مَلَكَ تَعْيينَه ؛ لأنَّه اسْتِيفاءُ ما مَلَكَه . ولَنا ، أنَّ ما ذكَرْناه مَروِيٌّ عن عليٍّ ، وابنِ عبّاسٍ ،

---

(١٥) تقدم تخريجه فى : ٨ / ٣٩٥ .

(١) فى م : « سلمان » . خطأ .

رَضِيَ اللهُ عنهما ، ولا مُخالِفَ لهما فى الصَّحَابَةِ ؛ ولأنَّه إزالةُ مِلْكٍ بُنِىَ على التَّغْلِيبِ والسِّرايةِ ، فتَدْخُلُه القُرْعةُ كالعِتْقِ ، وقد ثَبَتَ الأَصْلُ ؛ بكَوْنِ النَّبِىِّ ﷺ أقْرَعَ بين العَبيدِ السِّتَّةِ[2] ، ولأنَّ الحَقَّ لِوَاحِدٍ[3] غيرِ مُعَيَّنٍ ، فوجَبَ تَعيينُه بالقُرْعةِ ، كالحُرِّيَّةِ فى العَبيدِ إذا أعْتَقَهم فى مَرَضِه ، ولم يَخرُجْ جميعُهم مِن الثُّلُثِ ، وكالسَّفَرِ بإحْدَى نسائِه ، والبِدَايةِ بإحْدَاهُنَّ فى القَسْمِ ، وكالشَّريكين إذا اقْتَسَمَا ، ولأنَّه طلَّقَ واحدةً من نسائِه ، لا يُعْلَمُ عَيْنُها ، فلم يَمْلِكْ تَعْيينَها باخْتيارِه ، كالمَنْسِيَّةِ . وأمَّا الدَّليلُ على أنَّهُنَّ[4] لا يَطْلُقْنَ جميعًا ؛ أنَّه أضافَ الطَّلاقَ إلى واحدةٍ[5] ، فلم يَطْلُقِ الجميعُ ، كما لو عَيَّنَهَا . قولُهم : إنَّه كان يَمْلِكُ الإيقاعَ والتَّعيينَ . قُلْنا : مِلْكُه للتَّعْيينِ بالإيقاعِ لا يلْزَمُ[6] أنْ يَمْلِكَه بعدَه ، كما لو طلَّقَ واحدةً بعينِها ، وأُنْسِيَها . وأمَّا إنْ[7] نَوَى واحدةً بعينِها ، طَلُقَتْ وحدَها ؛ لأنَّه عَيَّنَها بنِيَّتِه ، فأشْبَهَ ما لو عيَّنَها بلَفْظِه . وإن قال : إنَّما أردتُ فُلَانة . قُبِلَ منه ؛ لأنَّه يَحْتَمِلُ ما قالَه . وإن ماتَ قَبْلَ القُرْعةِ والتَّعْيينِ ، أقْرَعَ الوَرَثةُ بينَهُنَّ ، فمَنْ وَقَعَتْ عليها قُرْعَةُ الطَّلاقِ ، فحُكْمُها فى الميراثِ حُكْمُ مالو عَيَّنَها بالتَّطْلِيقِ .

فصل : وإذا قال لنسائِه : إحْداكُنَّ طالِقٌ غدًا . فجاءَ غَدٌ ، طَلُقَتْ واحدةٌ مِنهُنَّ ، وأُخْرِجَتْ بالقُرْعَةِ . فإن ماتَ قَبْلَ الغَدِ ، وَرِثْنَه كُلُّهُنَّ . وإنْ ماتَتْ إحْدَاهُنَّ وَرِثَها ؛ لأنَّها ماتَتْ قَبْلَ وُقوعِ الطَّلاقِ ، فإذا جاءَ غَدٌ ، أُقْرِعَ بينَ المَيِّتَةِ والأحْياءِ ، فإن وقَعتِ القُرْعَةُ على المَيِّتَةِ ، لم يَطْلُقْ شىءٌ مِن الأحْياءِ ، وصارَتْ كالمُعَيَّنَةِ بقوله : أنتِ طالِقٌ غدًا . وقال القاضى : قياسُ / المذهبِ أن يَتَعَيَّنَ الطَّلاقُ فى الأحْياءِ ، فلو كانَتا اثنتَيْنِ ، فماتَتْ إحْدَاهما ، طَلُقَتِ الأُخْرَى ، كما لو قال لامْرأتِه وأجنبيَّةٍ : إحْداكما طَالِقٌ . وهو قولُ أبى حنيفةَ . والفَرْقُ بينهما ظاهرٌ ، فإنَّ الأجْنَبِيَّةَ ليست مَحَلًّا لِلطَّلاقِ وقتَ قولِه ، فلا يَنْصَرِفُ قولُه إليها ، وهذه قد كانت مَحَلًّا للطَّلاقِ ، وإرادَتُها بالطَّلاقِ مُمْكِنَةٌ ،

٣٧/٨ ظ

---

(٢) تقدم تخريجه فى : ٨ / ٣٩٥ .

(٣) فى الأصل : « الواحد » .

(٤) فى الأصل ، ب : « أنه » .

(٥) فى ا : « إحداهن » .

(٦) فى ب ، م : « يلزمه » .

(٧) فى ا : « إذا » .

وإرادتُها بالطَّلاقِ كإرادةِ الأُخْرَى ، وحُدُوثُ الموتِ بها لا يَقْتضِى فى حقِّ الأُخْرَى طَلاقًا ، فَتَبْقَى على ما كانتْ عليه . والقولُ فى تَعْلِيقِ العِتْقِ . كالقَوْلِ فى تَعْليقِ الطَّلاقِ . فإذا[8] جاء غَدٌ ، وقد باعَ بعضَ العَبيدِ ، أَقْرَعَ بينَه وبينَ العَبيدِ الأُخَرِ ، فإن وقَعَتْ على المَبيعِ ، لم يَعْتِقْ منهم[9] شىءٌ[10] . وعلى قولِ القاضى ، يَنْبغِى أن يَتَعَيَّنَ العِتقُ فى الباقِينَ ، وكذلك يَنْبغِى أنْ يَكُونَ مذهبُ أبى حنيفةَ ، والشّافعىِّ ؛ لأنَّ له تَعْيينَ العِتْقِ عندَهم بقولِه ، فَبَيْعُ أحدِهم صَرْفٌ للعِتْقِ عنه ، فَيَتَعَيَّنُ فى الباقِينَ . وإن باعَ نِصفَ العبدِ ، أَقْرَعَ بينَه وبينَ الباقِينَ ، فإن وقَعَتْ قُرْعةُ العِتقِ عليه ، عَتَقَ نصفُه ، وسَرَى إلى باقِيه إنْ كان المُعتِقُ مُوسِرًا ، وإن كان مُعسِرًا ، لم يَعْتِقْ إلَّا نِصْفُه .

فصل : وإذا قال : امرأتى طالِقٌ ، وأَمَتى حُرَّةٌ . وله نِساءٌ وإماءٌ ، ونَوَى[11] بذلك مُعَيَّنةً ، انْصَرفَ إليها ، وإن نَوَى واحدةً مُبْهَمَةً ، فهى مُبهمةٌ فيهِنَّ ، وإنْ لم يَنْوِ شيئًا ؛ فقال أبو الخطّابِ : يَطْلُقُ نساؤُه كُلُّهنّ ، ويَعْتِقُ إماؤُه ؛ لأنَّ الواحدَ المُضافَ يُرادُ به الكُلُّ ، كقولِه تعالى : ﴿ وَإِن تَعُدُّواْ نِعْمَةَ ٱللَّهِ لَا تُحْصُوهَآ ﴾[12] . و﴿ أُحِلَّ لَكُمْ لَيْلَةَ ٱلصِّيَامِ ﴾[13] . ولأنَّ ذلك يُرْوَى عن ابنِ عبّاسٍ . وقال الجماعَةُ : يَقَعُ على واحدةٍ مُبْهَمَةٍ ، وحُكْمُه حُكْمُ ما لو قال : إحْداكُنّ طالِقٌ ، وإحداكُنَّ حُرَّةٌ ؛ لأنَّ لفظَ الواحِدِ لا يُسْتعْمَلُ فى الجَمْعِ إلَّا مَجازًا ، والكلامُ لحقيقتِه مالم يَصْرِفْه عنها دليلٌ ، ولو تَساوَى الاحْتِمالانِ ، لوَجَبَ قَصرُه على الواحدةِ ؛ لأنَّها اليَقينُ ، فلا يَثْبُتُ الحُكمُ فيما زادَ عليها بأمرٍ مَشْكوكٍ فيه ، وهذا أصَحُّ . واللهُ أعلمُ .

---

(٨) فى الأصل ، ب ، م : « وإذا » .

(٩) سقط من : الأصل ، ب ، م .

(١٠) فى الأصل ، ب ، م زيادة : « منه » .

(١١) فى ب : « إن نوى » .

(١٢) سورة النحل ١٨ .

(١٣) سورة البقرة ١٨٧ .

١٢٨٤ ـ مسألة ؛ قال : (وَإِذَا طَلَّقَ وَاحِدَةً مِن نِسَائِه ، وَأُنْسِيَهَا ، أُخْرِجَتْ بِالْقُرْعَةِ)

أكثرُ أصْحابِنا عَلَى أنَّه إذا طلَّق امرأةً مِن نسائِه ، وأُنْسِيَهَا ، أنَّها تَخْرُجُ بالقُرعةِ ، فَيَثْبُتُ حُكمُ الطَّلاقِ فيها ، ويَحِلُّ له الباقياتُ . وقد رَوَى إسماعيلُ بنُ سعيدٍ ، عن أحمدَ ، ما يَدُلُّ على أنَّ القُرْعةَ لا تُسْتعمَلُ هٰهُنا لمعرفةِ الحِلِّ ، وإنَّما تُسْتعمَلُ لمعرفةِ الميراثِ ، فإنَّه قال[1] : سألتُ أحمدَ ، عَن الرَّجُل ، يُطَلِّقُ امْرأةً[2] مِن نِسَائِه ، ولا[3] يَعْلَمُ أيَّتهُنَّ طلَّقَ ؟ قال : أكْرَهُ / أن أقولَ فى الطَّلاقِ بالقُرْعةِ . قلتُ : أرأيتَ إنْ ماتَ هذا ؟ قال : أقولُ بالقُرْعةِ . وذلك لأنَّه تَصيرُ القُرعةُ على المالِ . وجَماعةُ مَنْ رُوِىَ عنه القُرْعةُ فى المُطَلَّقَةِ الْمَنْسِيَّةِ إنَّما هو فى التَّوْرِيثِ ، فأمَّا فى الحِلِّ فلا يَنْبغِى أنْ يَثْبُتَ بالقُرْعةِ . وهذا قولُ أكثرِ أهلِ العلمِ ، فالكلامُ إذن فى المسألةِ فى شَيْئينِ ؛ أحدُهما ، فى استْعمالِ القُرْعةِ فى المَنْسِيَّةِ للتَّوْرِيثِ . والثَّانى ، فى استعمالِهَا فيها للحِلِّ . أمَّا الأوَّلُ فوَجْهُه ما رَوَى عبدُ اللهِ بنُ حُمَيْدٍ ، قال : سألتُ أبا جعفرٍ ، عن رَجُلٍ قَدِمَ من خُرَاسَانَ ، وله أرْبَعُ نِسْوةٍ ، قَدِمَ البَصْرَةَ ، فطَلَّقَ إحْداهُنّ ، ونَكَحَ ، ثم ماتَ لا يَدْرِى الشُّهُودُ أيَّتَهُنَّ طَلَّقَ ؟ فقال : قال علىٌّ ، رَضِىَ اللهُ عنه : أَقْرِعْ بينَ الأرْبعِ ، وأُنْذِرُ[4] مِنهُنَّ واحدةً ، وأقْسِمْ بينَهُنَّ الميراثَ . ولأنَّ الحقوقَ إذا تساوَتْ على وجهٍ لا يُمْكِنُ التَّمييزُ إلَّا بالقُرعةِ ، صَحَّ استْعمالُها ، كالشُّركاءِ فى القِسْمَةِ ، والعَبيدِ فى الحُرِّيَّةِ . وأمَّا القُرعةُ فى الحِلِّ فى المَنْسِيَّةِ ، فلا يَصِحُّ استعمالُها ؛ لأنَّه[5] اشْتَبَهَتْ عليه زوجتُه ، [6] فلم يَحِلَّ له إحْداهما بالقُرْعةِ ، كما لو اشْتَبَهتْ[6] بأجْنَبِيَّةٍ لم يَكُنْ له عليها عَقْدٌ ، ولأنَّ القُرْعَةَ لا تُزِيلُ التَّحْرِيمَ مِنَ

---

(١) فى ب ، م : « قالت » .

(٢) فى م : « امرأته » .

(٣) فى ا : « ولم » .

(٤) أى : أُسْقِط . وفى النسخ : « وأنذر » .

(٥) فى ا : « لأنها » .

(٦ - ٦) سقط من : ا ، ب ، م .

المُطَلَّقةِ ، ولا تَرْفَعُ الطَّلاقَ عَمَّن وقَعَ عليه ، (7ولا احْتمالَ7) كَوْنِ المُطلَّقةِ غيرَ مَنْ خَرَجَتْ عليها القُرْعَةُ ، ولهذا لو ذَكَرَ(8) أنّ المُطَلَّقَةَ غيرُها ، حَرُمَتْ عليه ، ولو ارْتفعَ التَّحْريمُ ، أو زالَ الطَّلاقُ ، لَمَا عادَ بالذِّكْرِ ، فيَجِبُ بَقاءُ التَّحْريمِ بعدَ القُرْعَةِ ، كما كان قَبْلَها . وقد قال الخِرَقِيُّ ، في مَن طلَّقَ امرأتَه ، فلم يَدْرِ ، أواحدةً طلَّقَ أم ثلاثًا ؟ ومن حَلَفَ بالطَّلاقِ ، أنْ لا يأكُلَ تَمْرَةً ، فوقَعَتْ في تَمْرٍ ، فأكَلَ منه واحدةً : لا(9) تَحِلُّ له امرأتُه ، حتى يَعْلمَ أنَّها ليستْ التى وَقَعَتْ عليها اليمينُ . فَحَرَّمَها مع أنَّ الأصلَ بَقاءُ النِّكاحِ ، ولم يُعارِضْه يَقِينُ التَّحْريمِ ، فهٰهُنا أوْلَى . وهكذا الحُكْمُ في كلِّ مَوْضِعٍ وقعَ الطَّلاقُ على امرأةٍ بعَيْنِها ، ثم اشْتَبَهَتْ بغيرِها ؛ مثل أنْ يَرَى امرأةً في رَوْزَنَةٍ(10) ، أو مُوَلِّيَةً ، فيقولُ : أنتِ طالقٌ . ولا يَعْلَمُ عينَها مِنْ نسائِه ، وكذلك إذا أوقعَ(11) الطَّلاقَ على إحْدَى نسائِه في مسألة الطائِرِ وشِبْهِهَا ، فإنَّه يَحْرُمُ جميعُ نسائِه عليه ، حتى تَتَبَيَّنَ المُطَلَّقَةُ ، ويُؤْخَذُ بنَفَقَةِ الجميعِ ؛ لأنَّهُنّ مَحْبُوساتٌ عليه ، وإن أقْرَعَ بَيْنَهُنّ ، لم تُفِدِ القُرْعةُ شيئًا ، ولا يَحِلُّ لمَنْ وقعَتْ عليها القُرْعةُ التَّزَوُّجُ(12) ؛ لأنَّه يَجُوزُ أنْ تَكُونَ غيرَ المُطَلَّقَةِ ، ولا يَحِلُّ للزَّوْجِ غيرُها ؛ لاحْتمالِ أنْ تَكُونَ المُطَلَّقَةَ . وقال أصحابُنا : إذا أقْرَعَ بينَهُنَّ ، فَخَرَجَتِ القُرْعَةُ / على إحْداهُنَّ ، ثَبَتَ حُكْمُ الطَّلاقِ فيها ، فَحَلَّ لها النِّكاحُ بعدَ قضاءِ عِدَّتِها ، وحَلَّ للزَّوجِ مَنْ سواها ، كما لو كان الطَّلاقُ في واحِدَةٍ(13) غيرِ مُعَيَّنَةٍ . واحتجُّوا بما ذكَرْنا مِن حديثِ عليٍّ ، ولأنَّها مُطَلَّقَةٌ لم تُعْلَمْ بعَيْنِها(14) ، فأشْبَهَ مالو

٣٨/٨ ظ

(7-7) في م : « ولاحتمال » .

(8) في م : « ذكرنا » .

(9) في ا : « لم » .

(10) الروزنة : الكوة . الألفاظ الفارسية المعربة ٧٢ . وانظر : المعرب : للجواليقي ٢١٢ وحاشيته .

(11) في الأصل ، ب ، م : « وقع » .

(12) في ا : « التزويج » .

(13) في الأصل ، م : « واحد » .

(14) في ا : « عينها » .

قال : إحْدَاكُنَّ طالِقٌ . ولأنَّه إزالَةُ أحدِ المِلْكَيْنِ المَبْنِيَّيْنِ على التَّغْلِيبِ والسِّرَايَةِ ، أشْبَهَ العِتْقَ . والصَّحيحُ إنْ شاءَ اللهُ ، أنَّ القُرْعَةَ لا تَدخلُ هـٰهُنا ، لما قدَّمْنا ، وفارَقَ ما قاسُوا عليه ، فإنَّ الحقَّ لم يَثْبُتْ لواحدٍ بعَيْنِه ، فجعلَ الشَّرْعُ القُرْعَةَ مُعَيِّنَةً ، فإنَّها تَصْلُحُ للتَّعْيينِ ، وفى مسْألتِنا ؛ الطَّلاقُ واقعٌ فى مُعَيَّنَةٍ لا مَحالَةَ ، والقُرْعةُ لا تَرْفَعُه عنها ، ولا تُوقِعُه على غيرِها ، ولا يُؤْمَنُ[١٥] وقوعُ القُرْعَةِ على غيرِها ، واحْتمالُ وُقوعِ القُرْعـةِ على غيرِها ، كاحْتمالِ وُقوعِها عليها ، بل هو أظْهرُ فى غيرِها ؛ فإنَّهُنَّ إذا كُنَّ أربعًا ، فاحْتمالُ وُقوعِه فى[١٦] واحدة مِنهنَّ بعَيْنِها ، أنْدَرُ من احْتمالِ وُقوعِه فى واحدةٍ مِن ثلاثٍ ، ولذلك لو اشْتَبَهَتْ أُختُه بأجْنَبِيَّةٍ ، أو مَيْتَةٌ بِمُذَكَّاةٍ ، أو زوجتُه بأجْنَبِيّةٍ ، أو حَلَفَ بالطَّلاقِ لا يَأْكُلُ تَمْرَةً ، فوقَعَتْ فى تَمْرٍ ، وأشْباهُ ذلك ممَّا يَطولُ ذِكْرُه ، لا تَدْخُلُه قُرعةٌ ، فكذا هـٰهُنا . وأمَّا حديثُ عَلِىٍّ ، فهو فى الميراثِ ، لا فى الحِلِّ ، وما[١٧] نَعْلَمُ بالقولِ بها فى الحِلِّ مِن الصَّحابةِ قائلًا .

فصل : فعلى قولِ أصْحابِنا ، إذا ذَكَرَ أنَّ المُطَلَّقَةَ غيرُ التى وقَعَتْ عليها القُرْعةُ ، فقد تَبيَّنَ أنَّها كانت مُحَرَّمَةً عليه ، ويَكونُ وُقوعُ الطَّلاقِ مِن حِينَ طَلَّقَ ، لا من حين ذَكَرَ . وقولُه فى هذا مقبولٌ ؛ لأنَّه يُقِرُّ على نفسِه ، وتُرَدُّ إليه التى خَرَجَتْ عليها القُرْعةُ ؛ لأنَّنا تَبيَّنَّا أنَّها غيرُ مُطَلَّقَةٍ ، والقُرْعةُ ليست بطلاقٍ ، لا صَرِيحٍ ولا كِنَايةٍ ، فإنْ لم تَكُنْ تَزَوَّجَتْ ، رُدَّت إليه ، وقُبِلَ قولُه فى هذا ؛ لأنَّه أمْرٌ مِن جِهَتِه ، لا يُعْرَفُ إلَّا مِنْ قِبَلِه ، إلَّا أنْ تَكونَ قد تَزَوَّجَتْ ، أو يَكُونَ بحُكْمِ حاكِمٍ ؛ لأنَّها إذا تَزَوَّجَتْ تَعَلَّقَ بها حقُّ الزَّوجِ الثَّانى ، فلا يُقْبَلُ قولُه فى فَسْخِ نكاحِه ، والقُرْعةُ من جِهَةِ الحاكِمِ بالفُرْقَةِ لا يُمْكِنُ الزَّوجُ رَفْعَها ، فتَقَعُ الفُرْقةُ بالزَّوْجَيْنِ . قال أحمدُ ، فى روايةِ المَيْمُونىِّ : إذا كانَ له أربعُ نِسْوةٍ ، فطَلَّقَ واحدةً مِنهُنّ ، ولم يَدْرِ أيَّتَهُنَّ طَلَّقَ ، يُقرِعُ بينَهُنَّ ، فإن أقْرَعَ بينَهُنَّ ، فوقَعَتِ القُرْعةُ على

---

(١٥) فى ا ، ب زيادة : « من » .

(١٦) سقط من : الأصل ، ا ، م .

(١٧) فى ب : « ولا » .

واحدةٍ ، ثم ذكَرَ التى طَلَّقَ ، فقال : هذه . تَرْجِعُ إليه ، والتى ذكَرَ أنَّه طَلَّقَ يَقَعُ الطَّلاقُ عليها ، فإن تَزَوَّجَتْ ، فهذا شيءٌ قد مَرَّ ، فإن / كان الحاكمُ أقْرَعَ بينَهُنَّ ، فلا أُحِبُّ أنْ تَرْجِعَ إليه ؛ لأنَّ الحاكِمَ فى ذلك أكْبَرُ منه . وقال أبو بكرٍ ، وابنُ حامِدٍ : متى أقْرَعَ ، ثم قال بعدَ ذلك : إنَّ المُطَلَّقَةَ غيرُها . وقَعَ الطَّلاقُ بهما جميعًا ، ولا تَرْجِعُ إليه واحدةٌ منهما ؛ إلَّا[18] أنَّ التى عَيَّنَها بالطَّلاقِ تَحْرُمُ بقولِه ، وتَرِثُه إنْ ماتَ ، ولَا يَرِثُها . ويَجِىءُ على قِياسِ قولِهما ، أن تَلْزَمَه نَفَقَتُها ، ولا يَحِلَّ وَطْؤُها .

٣٩/٨و

فصل : فإن قال : هذه المُطَلَّقَةُ . قُبِلَ منه . وإن قال : هذه المُطلَّقةُ ، بل هذه . طَلُقَتا ؛ لأنَّه أقرَّ بطلاقِ الأُولَى ، فقُبِلَ إقْرارُه ، ثم قُبِل إقرارُه بطلاقِ الثّانيةِ ، ولم يُقْبَلْ رُجُوعُه عمَّا أقرَّ به مِن طلاقِ الأُولَى . وكذلك لو كُنَّ ثلاثًا ، فقال : هذه ، بل هذه ، [19] بل هذه[19] . طَلُقْنَ كلُّهُنَّ ، وإنْ قال : هذه ، أو هذه ، بل هذه . طَلُقَتِ الثالثةُ[20] وإحدى الأُولَيَيْنِ . وإن قال : طَلَّقْتُ هذه ، بل هذه أو هذه . طَلُقَتِ الأُولَى ، وإحْدى الآخِرَتَيْنِ . وإن قال : أنتِ طالقٌ ، وهذه أو هذه . فقال القاضى : هى كذلك . وذَكَرَ أنَّه قولُ الْكِسائِىِّ[21] . وقال محمدُ بنُ الحسنِ : تَطْلُقُ الثَّانيةُ ، ويَبْقَى الشَّكُّ فى الأُولَى والثَّالثةِ . وَجْهُ الأَوَّلِ أنَّه عطَفَ الثَّانيةَ على الأُولَى ، بغيرِ شكٍّ ، ثم فَصَلَ بينَ الثَّانيةِ والثَّالثةِ بحَرْفِ الشَّكِّ ، فيَكُونُ الشَّكُّ فيهما . ولو قال : طَلَّقْتُ هذه أو هذه وهذه . طَلُقَتِ الثَّالثةُ ، وكان الشَّكُّ فى الأُولَيَيْنِ . ويَحْتَمِلُ فى هاتَيْنِ المسألتَيْنِ أن يَكُونَ الشَّكُّ فى الجميعِ ؛ لأنَّه فى الأُولَى أتَى بحَرْفِ الشَّكِّ بعدَهما ، فيَعُودُ إليهما ، وفى المسألةِ الثَّانيةِ عَطَفَ الثَّالثةَ على الشّكِّ . فعلى هذا إذا قال : طَلَّقْتُ هذه وهذه أو هذه . طُولِبَ

---

(١٨) فى م : « لا » .

(١٩ – ١٩) سقط من : الأصل ، م .

(٢٠) فى ب ، م : « الثانية » .

(٢١) أبو على الحسن بن على بن حمزة الكسائى النحوى ، أحد القراء السبعة ، توفى سنة تسع وثمانين ومائة . تاريخ العلماء النحويين ١٩٠ – ١٩٣ .

بالبيانِ . فإن قال : هى الثَّالثةُ . طَلُقَتْ[٢٢] وحدَها . وإنْ قال : لم أُطَلِّقْها . طَلُقَتِ الأُولَيَانِ . وإنْ لم يُبَيِّنْ ، أُقْرِعَ بين الأُولَيَيْنِ والثَّالثةِ . قال القاضى ، فى « المُجَرَّدِ » : وهذا أصحُّ . وإنْ قال : طَلَّقْتُ هذه أو هذه وهذه . أُخِذَ بالبيانِ ، فإن قال : هى الأُولَى . طَلُقَتْ وحْدَها[٢٣] . وإن قال : ليست الأُولَى . طَلُقَتِ الأُخْرَيَانِ ، كما لو قال : طَلَّقْتُ هذه ، أو هاتَيْنِ . وليس له الوَطْءُ قَبْلَ التَّعْيينِ ، فإنْ وَطِئَ ، لم يَكُنْ تَعْيِينًا . وإنْ ماتتْ إحدَاهما ، لم يَتَعَيَّنِ الطَّلاقُ فى الأُخْرَى ، وقال أبو حنيفةَ : يَتَعَيَّنُ الطَّلاقُ فى الأُخْرَى ؛ لأنَّها ماتت قَبْلَ ثُبُوتِ طلاقِها . ولَنا ، أنَّ مَوْتَ إحْداهما ، أو وَطْأَها ، لا يَنْفِى احْتمالَ كَوْنِها مُطَلَّقةً ، فلم يَكُنْ تَعْيينًا لغيرِها ، كمَرَضِها . وإن قال : طَلَّقْتُ / هذه وهذه ، أو هذه وهذه . فالظَّاهِرُ أنَّه طَلَّقَ اثنتَيْنِ لا يَدرِى أهما الأُولَيَانِ أم الآخِرَتانِ ، كما لو قال : طَلَّقْتُ هاتَيْنِ أو هاتَيْنِ . فإن قال : هما الأُولَيانِ . تَعَيَّنَ الطَّلاقُ فيهما ، وإن قال : لم أُطَلِّقِ الأُولَيَيْنِ تَعَيَّنَ الآخِرَتَانِ . وإن قال : إنَّما أشُكُّ فى طلاقِ الثَّانيةِ والآخِرَتَينِ . طَلُقَتِ الأُولَى ، وبَقِىَ الشَّكُّ فى الثَّلاثِ . ومتى فَسَّرَ كلامَه بشىءٍ مُحْتَمِلٍ ، قُبِلَ منه .

٣٩/٨ظ

١٢٨٥ – مسألة ؛ قال : (فَإِنْ مَاتَ قَبْلَ ذَلِكَ ، أُقْرِعَ الْوَرَثَةُ[١] ، وَكَانَ الْمِيرَاثُ لِلْبَوَاقِى مِنْهُنَّ)

نَصَّ أحمدُ على هذا . وقال أبو حنيفةَ : يُقْسَمُ المِيراثُ بينَهُنَّ كُلِّهِنّ ؛ لأنَّهُنَّ تَسَاوَيْنَ فى احْتمالِ اسْتِحْقاقِه ، ولا يَخرُجُ الحقُّ عَنهُنَّ . وقال الشَّافِعِىُّ : يُوقَفُ الميراثُ المُخْتَصُّ بِهِنَّ حتى يَصْطَلِحْنَ عليه ؛ لأنَّه لا يُعْلَمُ المُسْتَحِقُّ مِنهُنَّ . ووَجْهُ قولِ الْخِرَقِىِّ ، قولُ علىٍّ[٢] ، رَضِىَ اللهُ عنه ، ولأنَّهُنَّ قد تَسَاوَيْنَ ، ولا سَبِيلَ إلى التَّعيينِ ، فوَجَبَ المصيرُ إلى القُرْعَةِ ، كمن أعتَقَ عَبِيدًا فى مَرَضِه لا مالَ له سِوَاهم ، وقد ثَبَتَ الحُكْمُ فيهم

---

(٢٢) فى ب ، م : « طلقة » .

(٢٣) فى الأصل ، ب : « واحدها » .

(١) سقط من : الأصل .

(٢) الذى مر فى المسألة السابقة ، صفحة ٥٢٢ .

بالنَّصِّ[٣] . ولأنَّ توريثَ الجميعِ تَوْريثٌ لِمنْ لا يَسْتَحِقُّ يقينًا ، والوَقْفُ لا إلى غايةٍ حِرْمانٌ لمن يَسْتَحِقُّ يقينًا ، والقُرْعةُ يَسْلَمُ بها من هٰذينِ المحْذُورَيْنِ ، ولها نظيرٌ فى الشَّرعِ .

فصل : فإنْ ماتَ بَعْضُهُنَّ ، أو جميعُهُنَّ ، قَرَعْنا بين الجميعِ ، فمَنْ خَرجَتِ القُرْعةُ لها ، حَرَمْناه ميراثَها . وإن ماتَ بعضُهنَّ قبلَه ، وبعضُهُنَّ بعدَه ، وخَرجَتِ القُرْعةُ لِميِّتةٍ قَبْلَه ، حَرَمْناه ميراثَها ، وإن خَرجَتْ لِميِّتةٍ بعدَه ، حَرَمْناها ميراثَه ، والباقياتُ يَرِثْهُنَّ ويَرِثْنَه . فإن قال الزَّوجُ بعدَ مَوْتِها : هذه التى طَلَّقْتُها . أو قال فى غيرِ المُعَيَّنةِ : هذه التى أرَدْتُها . حُرِمَ ميراثَها ؛ لأنَّه يُقِرُّ على نفسِه ، ويَرِثُ الباقياتِ ، سَواءٌ صَدَّقَه وَرَثَتُهُنَّ ، أو كَذَّبُوه ؛ لأنَّ عِلْمَ ذلك إنَّما يُعرَفُ مِن جِهَتِه ، ولأنَّ الأصْلَ بقاءُ النِّكاحِ بينهما ، وهم يَدَّعُونَ طلاقَه لها ، والأصلُ عَدَمُه . وهل يُسْتَحْلَفُ على ذلك ؟ فيه رِوايَتانِ ؛ فإنْ قُلْنا : يُسْتَحْلَفُ . فنَكَلَ[٤] ، حَرَمْناه مِيراثَها ؛ لنُكُولِه ، ولم يَرِثِ الأُخْرَى ، لإقْرارِه بطَلاقِها . فإنْ ماتَ فقال وَرَثَتُه لإحْدَاهُنَّ : هذه المُطَلَّقةُ . فأقَرَّتْ ، أو أقَرَّ ورثَتُها بعدَ موتِها ، حَرَمْناها ميراثَه ، وإنْ أنكَرَتْ ، أو أنكَرَ وَرَثَتُها[٥] ، فقِيَاسُ ما ذكَرْناه أنَّ القولَ قولُها ؛ لأنَّها تَدَّعِى بقاءَ نِكاحِها ، وهم يَدَّعُونَ زوالَه ، والأصلُ معها ، فلا يُقبَلُ قولُهم عليها إلَّا ببَيِّنةٍ . وإنْ شَهِدَ اثنانِ مِن وَرَثَتِه ، أنَّه طَلَّقَها ، قُبِلَتْ شَهادَتُهُما ، إذا لم يَكُونا مِمَّن يَتَوفَّرُ عليهما ميراثُها / ، ولا على مَن لا تُقْبَلُ شَهادَتُهُما له ، كأُمِّهِما وجَدَّتِهما ؛ لأنَّ مِيراثَ إحْدَى الزَّوجاتِ لا يَرْجِعُ إلى وَرَثَةِ الزَّوجِ ، وإنَّما يَتَوَفَّرُ على ضَرائِرِها . وإن ادَّعَتْ إحْدَى الزَّوجاتِ أنَّه طَلَّقَها طلاقًا تَبِينُ به ، فأنْكَرَها ، فالقولُ قولُه ، وإنْ ماتَ لم تَرِثْه ، لإقْرارِها بأنَّها لا تَسْتَحِقُّ ميراثَه ، فقَبِلْنا قولَها فيما عليها ، دُونَ مَالَها ، وعليها العِدَّةُ ؛ لأنَّنا لم نَقْبَلْ قولَها فيما عليها ، وهذا التَّفْريعُ فيما إذا كان الطَّلاقُ يُبِينُها ، فأمَّا إنْ كان رَجْعِيًّا ، وماتَ فى عِدَّتِها ، أو ماتَتْ ، وَرِثَ كلُّ وَاحِدٍ منهما صاحِبَه .

٨/٤٠و

(٣) تقدم فى : ٨ / ٣٩٥ .

(٤) فى الأصل : « فإن نكل » .

(٥) فى حاشية ا زيادة : « بعد موتها » .

فصل : وإذا كان له أَرْبَعُ نِسْوةٍ ، فطَلَّقَ إحْدَاهُنّ ، ثم نَكَحَ أُخْرَى بعدَ قَضاءِ عِدَّتِها ، ثم ماتَ ، ولم يُعْلَمْ أَيَّتُهُنَّ طَلَّقَ ، فَلِلَّتى تَزَوَّجَها رُبْعُ ميراثِ النِّسْوَةِ . نَصَّ عليه أحمدُ . ولا خِلافَ فيه بين أهلِ العلمِ . ثم يُقْرَعُ بينَ الأَرْبَعِ ، فأَيَّتُهُنَّ خَرجَتْ قُرْعَتُها ، خَرَجَتْ ، ووَرِثَ الباقياتُ . نَصَّ عليه أحمدُ أيضًا . وَذَهَبَ الشَّعْبِىُّ ، والنَّخَعِىُّ ، وعَطاءٌ الخُرَاسَانِىُّ (٦) ، وأبو حنيفةَ إلى أنَّ البَاقِىَ بينَ الأَرْبَعِ . وزَعَمَ أبو عُبَيدٍ أنَّه قولُ أهلِ الحجازِ وأهلِ العراقِ جميعًا . وقال الشَّافعىُّ : يُوقَفُ البَاقى بينَهُنَّ حتى يَصْطَلِحْنَ . ووَجْهُ الأقْوالِ ما تَقَدَّمَ . وقال أحمدُ ، فى روايةِ ابنِ منصورٍ ، فى رَجُلٍ له أرْبعُ نِسْوةٍ ، طلَّقَ واحدةً مِنهُنَّ ثلاثًا ، وواحدةً (٧ اثنتَينِ ، وواحدةً ٧) واحدةً ، ومات على أثَرِ ذلك ، ولا يُدْرَى أَيَّتُهنَّ طَلَّقَ ثلاثًا ، وأَيَّتُهُنَّ طَلَّقَ اثنتَيْنِ ، وَأَيَّتُهُنَّ واحدةً : يُقْرَعُ بينَهُنَّ ، فالتى أبانَها تَخرُجُ ، ولا ميراثَ لها ، هذا فيما إذا ماتَ فى عِدَّتِهِنّ ، وكان طلاقُه فى صِحَّتِه ، فإنه لا يُحْرَمُ الميراثَ إلَّا المُطَلَّقةُ ثلاثًا ، والباقيتانِ (٨) رَجْعِيَّتانِ ، يَرِثْنَه فى العدَّةِ ، ويَرِثُهُنَّ ، ومَنِ انْقَضَتْ عِدَّتُها مِنهُنَّ ، لم تَرِثْه ، ولم يَرِثْها ، ولو كان طلاقُه فى مَرَضِه الذى ماتَ فيه ، لَوَرِثَه الجميعُ ، فى العِدَّةِ ، وفيما بعدَها قبلَ التَّزويجِ رِوَايتانِ .

فصل : إذا طلَّقَ واحدةً (٧ من نِسائِه لا يُعَيِّنُها ، أو يُعيِّنُها ٧) فأُنْسِيَها ، فانقَضَتْ عِدَّةُ الجميعِ ، فله نِكاحُ خامِسةٍ قبلَ القُرْعةِ . وخَرَّجَ ابنُ حامِدٍ وجهًا ، فى أنَّه لا يَصِحُّ نِكاحُ الخامسةِ ؛ لأنَّ المُطَلَّقَةَ فى حُكْمِ نسائِه ، بالنِّسْبَةِ إلى وُجوبِ الإنْفاقِ عليها ، وحُرْمَةِ النِّكاحِ فى حقِّها . ولا يَصِحُّ ؛ لأنَّنا عَلِمْنا أنَّ مِنهُنَّ واحدةً بائنًا منه ، ليستْ فى نِكاحِه ، ولا فى عِدَّةٍ من نكاحِه ، فكيف تَكونُ زوجتَه ؟ وإنَّما الإنفاقُ عليها لأجلِ

---

(٦) فى النسخ : « والخراسانى » . وتقدمت ترجمة عطاء الخراسانى فى : ٢ / ٥٦٨ .

(٧ - ٧) سقط من : الأصل .

(٨) فى م : « فالباقيتان » .

حَبْسِها ومَنْعِها مِنَ التَّزَوُّجِ بغيرِه ؛ لأجل اشْتباهِها ، ومتى عَلِمْنَاها بعَيْنِها ، إمَّا بتَعْيِينِه ، أو قُرْعةٍ ، فعِدَّتُها مِن حِينَ طلَّقَها ، لا مِن حينَ عَيَّنَها . وذَكَرَ أبو حنيفةَ ، وبعضُ أصحابِ / الشّافعيِّ ، أنَّ عِدَّتَها من حينِ التَّعْيينِ . وهذا فاسدٌ ؛ فإنَّ الطَّلاقَ وَقَعَ حينَ إيقاعِه ، وثَبَتَ حُكْمُه فى تَحْريمِ الوَطْءِ ، وحِرْمانِ الميراثِ مِنَ الزَّوْجِ ، وحِرْمانِه منها قَبْلَ التَّعْيينِ ، فكذلك العِدَّةُ ، وإنَّما التَّعْيينُ تَبيُّنٌ لِمَا كان واقِعًا . وإنْ ماتَ الزَّوجُ قبلَ البيانِ ، فعلى الجميعِ عِدَّةُ الوفاةِ ، فى قولِ الشَّعْبِىِّ ، والنَّخَعِىِّ ، وعَطاءٍ الخُراسَانِىِّ . قال أبو عُبَيْدٍ : وهو قولُ أهلِ الحجازِ والعراقِ ؛ لأنَّ كُلَّ واحدةٍ مِنْهُنَّ يَحْتَمِلُ أنَّها باقيةٌ على النِّكاحِ ، والأصلُ بَقاؤُه ، فَتَلْزَمُها عِدّتُه . والصّحيحُ أنَّه يَلْزَمُ كُلَّ واحدةٍ أطولُ الأجَلَيْنِ ، مِن عِدَّةِ الوفاةِ وعِدَّةِ الطَّلاقِ ، لَكِن عِدَّةُ الطَّلاقِ مِن حينَ طَلَّقَ ، وعِدّةُ الوفاةِ مِن حينِ مَوْتِه ؛ لأنَّ كُلَّ واحدةٍ منهنَّ يَحْتَمِلُ أنْ يَكُونَ عليها عِدَّةُ الوفاةِ ، ويَحْتملُ أنَّها المُطَلَّقةُ ، فعليها عِدَّةُ الطَّلاقِ ، فلا تَبْرَأُ يقينًا إلَّا بأطْولِهما . وهذا فى الطَّلاقِ البائِنِ ، فأمَّا الرَّجْعِىُّ ؛ فعليها عِدّةُ الوفاةِ بِكُلِّ حالٍ ؛ لأنَّ الرَّجْعِيَّةَ زَوْجَةٌ .

٨/٤٠ ظ

فصل : إذا ادَّعَتِ المرأةُ أنَّ زوجَها طلَّقَها ، فأنْكَرَها ، فالقولُ قولُه ؛ لأنَّ الأصلَ بَقاءُ النِّكاحِ وعَدَمُ الطَّلاقِ ، إلَّا أنْ يَكُونَ لها بما ادَّعَتْه بَيِّنَةٌ ، ولا يُقْبَلُ فيه إلَّا عَدْلَانِ . ونَقَلَ ابنُ منصورٍ ، عن أحمدَ ، أنَّه سُئِلَ : أتَجُوزُ شَهادةُ رَجُلٍ وامرأتينِ فى الطَّلاقِ ؟ قال : لا واللهِ . إنَّما كانَ كذلك لأنَّ الطَّلاقَ ليس بمالٍ ، ولا المقصودُ منه المالُ ، ويَطَّلِعُ عليه الرِّجالُ فى غالبِ الأحْوالِ ، فلم يُقْبَلْ فيه إلَّا عَدْلانِ ، كالحدودِ والقِصَاصِ . فإن لم تَكُنْ بَيِّنَةٌ ، فهل يُسْتَحْلَفُ ؟ فيه روايتانِ ؛ نَقَلَ (٩أبو طالبٍ٩) أنَّه يُسْتَحْلَفُ . وهو الصَّحيحُ ؛ لقولِ النَّبِىِّ ﷺ : «وَلَكِنَّ الْيَمِينَ عَلَى الْمُدَّعَى عَلَيْهِ»(١٠) . وقوله : « الْيَمِينُ عَلَى مَنْ

(٩-٩) فى ب ، م : « أبو الخطاب » .

(١٠) تقدم تخريجه فى : ٦ / ٥٢٥ .

أَنْكرَ »[11] . ولأنَّه يَصِحُّ مِن الزَّوْجِ بَذْلُه ، فَيُسْتَحْلَفُ فيه ، كالمَهْرِ . ونَقَلَ [12]ابن منصور[12] عنه : لا يُسْتَحْلَفُ فى الطَّلاقِ والنِّكاحِ ؛ لأنَّه[13] لا يُقْضَى فيه بالنُّكُولِ ، فلا يُسْتَحْلَفُ فيه ، كالنِّكاحِ إذا ادَّعَى زَوْجِيَّتَها فأَنْكَرَتْه . وإن اخْتلَفا فى عَدَدِ الطَّلاقِ ، فالقولُ قولُه ؛ لما ذَكَرْنَاه . فإذا طلَّقَ ثلاثًا ، وسَمِعَتْ ذلك ، وأنكرَ ، أو ثَبَتَ ذلك عِنْدَها بقولِ عَدْلَين ، لم يَحِلَّ لها تَمْكِينُه مِن نَفْسِها ، وعليها أنْ تَفِرَّ منه ما استطاعَتْ ، وتَمتنِعَ منه إذا أرادَها ، وتَفْتدِىَ منه إن قَدَرَتْ . قال أحمدُ : لا يَسَعُها أنْ تُقِيمَ معه . وقال أيضًا : تَفْتدِى منه بما تَقْدِرُ عليه ، فإن أُجْبِرَتْ على ذلك فلا تَزَيَّنُ له ، ولا تَقْرَبُهُ ، وتَهْرُبُ[14] / إنْ قَدَرَتْ . وإنْ شَهِدَ عندها عَدْلانِ ، غيرُ مُتَّهَمَيْنِ ، فلا تُقِيمُ معه . وهذا قولُ أكثرِ أهلِ العلمِ . قال جابرُ بن زيدٍ ، وحمادُ بنُ أبى سليمانَ ، وابن سِيرِينَ : تَفِرُّ منه ما اسْتطاعَتْ ، وتَفْتدِى منه بِكُلِّ [15]ما يُمْكِنُ[15] . وقال الثَّوْرِىُّ ، وأبو حنيفةَ ، وأبو يوسفَ ، وأبو عُبَيدٍ : تَفِرُّ منه . وقال مالكٌ : لا تَتَزَيَّنُ له ، ولا تُبْدِى له شيئًا من شَعْرِها ولا عُرْيَتِها[16] ، ولا يُصِيبُها إلَّا وهى مُكْرَهَةٌ . ورُوِىَ عن الحَسَنِ ، والزُّهْرِىِّ ، والنَّخَعِىِّ : يُسْتَحْلَفُ ، ثم يَكونُ الإِثْمُ عليه . والصَّحيحُ ما قالَه الأوَّلُونَ ؛ لأنَّ هذه تَعْلمُ أنَّها أجْنَبِيَّةٌ منه ، مُحَرَّمَةٌ عليه ، فوَجَبَ عليها الامْتناعُ ، والفِرارُ منه ، كسَائِرِ الأَجْنَبِيَّاتِ . وهكذا لو ادَّعَى نِكاحَ امرأةٍ كَذِبًا ، وأقامَ بذلك شاهِدَىْ زُورٍ ، فحَكَمَ له الحاكمُ بالزَّوجِيَّةِ ، أو لو[17] تَزَوَّجَها تَزْوِيجًا باطلًا ، وسُلِّمَتْ إليه بذلك،

41/8و

(11) أخرجه الدارقطنى ، فى : باب فى المرأة تقتل إذا ارتدت ، من كتاب فى الأقضية والأحكام وغير ذلك . سنن الدارقطنى 4 / 218 . والبيهقى ، فى : باب البينة على المدعى واليمين على المدعى عليه ، من كتاب الدعوى والبينات . السنن الكبرى 10 / 252 ، 253 . والإمام الشافعى فى مسنده . انظر : ترتيب المسند 2 / 181 .

(12-12) فى م : « أبو طالب » .

(13) سقط من : الأصل .

(14) فى ا زيادة : « منه » .

(15-15) فى ب : « ممكن » .

(16) عريتها : مُجَرَّدها .

(17) فى م : « ولو » .

فالحُكْمُ فى هذا كُلِّه كالحُكْمِ فى المُطَلَّقَة ثلاثًا .

فصل : ولو طلَّقَها ثلاثًا ، ثم جَحَدَ طَلاقَها ، لم تَرِثْه . نَصَّ عليه أحمدُ . وبه قال قَتادةُ ، وأبو حنيفةَ ، وأبو يوسفَ ، والشَّافعىُّ ، وابنُ المُنْذِرِ . وقال الحسنُ : تَرِثُه ؛ لأنَّها فى حُكْمِ الزَّوْجاتِ ظاهرًا . ولَنا ، أنَّها تَعْلَمُ أنَّها أجْنَبِيَّةٌ ، فلم تَرِثْه ، كسائرِ الأجْنَبِيَّاتِ . وقال أحمدُ ، فى روايةِ أبى طالبٍ : تَهْرُبُ منه ، ولا تَتَزَوَّجُ حتى يُظْهِرَ طلاقَها ، وتَعْلَمَ ذلك ، يَجِىءُ فيَدَّعِيها ، فتُرَدُّ عليه وتُعاقَبُ . وإنْ ماتَ ولم يُقِرَّ بطَلاقِها ، لا تَرِثُه ، لا تَأْخُذُ ما ليس لها ، تَفِرُّ منه ، ولا تَخْرُجُ مِن البَلَدِ ، ولكنْ تختفى فى بلدِها . قِيلَ له : فإنَّ بعضَ النَّاسِ قال : تَقْتُلُه ، هى بمَنْزِلَةِ مَنْ يَدْفَعُ عن نفسِه . فلم يُعْجِبْه ذلك . فَمَنَعَها من التَّزويجِ قبلَ ثُبُوتِ طلاقِها ، لأنَّها فى ظاهرِ الحُكْمِ زوجةُ هذا المُطَلِّقِ ، فإذا تَزَوَّجَتْ غيرَه ، وَجَبَ عليها فى ظاهرِ الشَّرْعِ العقوبةُ ، والرَّدُّ إلى الأوَّلِ ، ويَجْتَمِعُ عليها زَوْجانِ ، هذا بظاهرِ الأمْرِ ، وذاك بباطنِه ، ولم يأْذَنْ لها فى الخروجِ مِن البلدِ ؛ لأنَّ ذلك يُقَوِّى التُّهْمَةَ فى نُشُوزِها ، ولا[18] فى قَتْلِه قَصْدًا ؛ لأنَّ الدَّافِعَ عن نفسِه لا يَقْتُلُ قَصْدًا ، فأمَّا إنْ قَصَدَتِ الدَّفْعَ عن نَفْسِها ، فآلَ إلى نفسِه ، فلا إثْمَ عليها ، ولا ضَمانَ فى الباطِنِ ، فأمَّا فى الظَّاهِرِ ، فإنَّها تُؤْخَذُ بحُكْمِ القَتْلِ ، ما لم يَثْبُتْ صِدْقُها .

فصل : قال أحمدُ : إذا طلَّقَها ثلاثًا ، فشَهِدَ عليه أربعةٌ أنَّه وَطِئَها ، أُقِيمَ عليه الْحَدُّ . إنَّما أوْجَبَه لأنَّها صارت بالطَّلاقِ أجْنَبِيَّةً ، فهى كسائرِ الأجْنَبِيَّاتِ ، بل هى أشَدُّ تحْريمًا ؛ لأنَّها مُحَرَّمَةٌ وَطْئًا ونِكاحًا . فإنْ جَحَدَ / طَلاقَها وَوَطِئَها ، ثم قامَتِ البَيِّنَةُ بطَلاقِه ، فلا حَدَّ عليه . وبهذا قالَ الشَّعْبِىُّ ، ومالكٌ ، وأهلُ الحجازِ ، والثَّوْرِىُّ ، والأوْزَاعِىُّ ، ورَبيعةُ ، والشَّافعىُّ ، وأبو ثَوْرٍ ، وابنُ المُنْذِرِ ؛ لأنَّ جَحْدَه لطلاقِه يُوهِمُنا أنَّه [19]نَسِيَه ، وذلك[19] شُبْهَةٌ فى دَرْءِ الحَدِّ عنه ، ولا سبيلَ لنا إلى عِلْمِ مَعْرِفَتِه بالطَّلاقِ

٨/٤١ ظ

---

(١٨) فى الأصل ، ب ، م : « ولأن » .

(١٩-١٩) سقط من : ا .

حالةَ وَطْئِه إلَّا بإقرارِه بذلك . فإنْ قال : وَطِئْتُها عالمًا بأننى كُنتُ طلَّقتُها ثلاثًا . كانَ إقرارًا منه بالزِّنَى ، فيُعْتَبَرُ فيه ما يُعْتبرُ فى الإقْرارِ بالزِّنَى .

١٢٨٦ – مسألة ؛ قال : (وَإِذَا طَلَّقَ زَوْجَتَهُ ، أَقَلَّ مِنْ ثَلَاثٍ ، فَقَضَتِ الْعِدَّةَ ، ثُمَّ تَزَوَّجَتْ غَيْرَهُ ، ثُمَّ أَصَابَهَا ، ثُمَّ طَلَّقَهَا ، أَوْ مَاتَ عَنْهَا ، وَقَضَتِ الْعِدَّةَ ، ثُمَّ تَزَوَّجَهَا الْأَوَّلُ ، فَهِىَ عِنْدَهُ عَلَى مَا بَقِىَ مِنَ الثَّلَاثِ)

وجملةُ ذلك أنَّ المُطَلِّقَ إذا بانَتْ زَوْجتُه منه ، ثم تَزَوَّجَها ، لم يَخْلُ مِن ثلاثةِ أحْوالٍ ؛ أحدُها ، أنْ تَنْكِحَ غيرَه ، ويُصِيبَها ، ثم يَتَزَوَّجَها الأوَّلُ ، فهذه تَرْجِعُ إليه على طَلاقٍ ثلاثٍ ، بإجماعِ أهلِ العلمِ ، قالَه ابنُ المُنْذِرِ . والثّانى ، أنْ يُطَلِّقَها دونَ الثَّلاثِ ، ثم تَعُودَ إليه برَجْعةٍ ، أو نكاحٍ جديدٍ قبلَ زوجٍ ثانٍ ، فهذه تَرْجِعُ إليه على ما بَقِىَ مِن طلاقِها ، بغيرِ خلافٍ نَعْلَمُه . والثّالثُ ، طَلَّقَها دونَ الثَّلاثِ ، فقَضَتْ عِدَّتَها ، ثم نَكَحَتْ غيرَه ، ثم تَزَوَّجَها الأوَّلُ ، فعن أحمدَ فيها روايتانِ ؛ إحْداهما ، تَرْجِعُ إليه على ما بَقِىَ مِن طلاقِها . وهذا قولُ الأكابرِ مِن أصحابِ رسولِ اللهِ ﷺ ؛ عمرَ ، وعلىٍّ ، وأُبَىٍّ ، ومُعَاذٍ[١] ، وعِمْرانَ بنِ حُصَيْنٍ ، وأبى هُرَيْرَةَ . ورُوِىَ ذلك عن زيدٍ ، وعبدِ اللهِ بنِ عمرِو ابنِ العاصِ . وبه قال سعيدُ بنُ المُسَيَّبِ ، وعَبِيدةُ ، والحسنُ ، ومالكٌ ، والثَّوْرِىُّ ، وابنُ أبى ليلى ، والشّافعِىُّ ، وإسحاقُ ، وأبو عُبَيْدَةَ ، وأبو ثَوْرٍ ، ومحمدُ بنُ الحسنِ ، وابنُ المُنْذِرِ . والرِّوايةُ الثّانيةُ ، عن أحمدَ ، أنَّها تَرْجِعُ إليه على طلاقٍ ثلاثٍ . وهذا قولُ ابنِ عمرَ ، وابنِ عبّاسٍ ، وعَطاءٍ ، والنَّخَعِىِّ ، وشُرَيحٍ[٢] ، وأبى حنيفةَ ، وأبى يوسفَ ؛ لأنَّ وَطْءَ الزَّوجِ الثّانى مُثْبِتٌ لِلْحِلِّ ، فيُثْبِتُ حِلًّا يَتَّسِعُ لثلاثِ طَلقاتٍ[٣] ، كما بَعْدَ الثّلاثِ ، لأنَّ وَطْءَ[٤] الثّانى يَهْدِمُ الطَّلقاتِ الثَّلاثَ ، فأَوْلَى أنْ يَهْدِمَ ما دونَها . ولَنا ، أنَّ وَطْءَ الثّانى

---

(١) سقطت الواو من : ا ، ب ، م .

(٢) فى النسخ : « وسريج » .

(٣) فى م : « تطليقات » .

(٤) فى ب ، م : « الوطء » .

لا يُحْتاجُ إليه فى الإحْلالِ للزَّوْجِ[5] الأوَّلِ ، فلا يُغَيِّرُ حُكْمَ الطَّلاقِ ، كوَطْءِ السَّيِّدِ ، ولأنَّه تزويجٌ قَبْلَ استيفاءِ الثَّلاثِ ، فأشْبَهَ[6] ما لو رَجَعَتْ إليه قَبْلَ وَطْءِ الثَّانى . وقولُهم : إنَّ وَطْءَ الثَّانى يُثْبِتُ / الحِلَّ . لا يَصِحُّ ؛ لوجهَيْنِ ؛ أحدُهما ، مَنْعُ كونِه مُثْبِتًا للحِلِّ أصلًا ، وإنَّما هو فى الطَّلاقِ الثَّلاثِ غايةُ التَّحْريمِ[7] ، بدليلِ قولِه تعالى : ﴿ فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِنۢ بَعْدُ حَتَّىٰ تَنكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُۥ ﴾[8] . وحَتَّى للغَايةِ ، وإنَّما سَمَّى النَّبِىُّ ﷺ الزَّوجَ الذى قَصَدَ الحِيلَةَ مُحَلِّلًا تَجوُّزًا ، بدليلِ أنَّه لَعَنَه ، ومن أثْبَتَ حَلالًا[9] يَستَحِقُّ لَعْنًا ! والثانى[10] ، أنَّ الحِلَّ إنَّما يَثْبُتُ فى مَحَلٍّ فيه تَحْريمٌ ، وهى المُطَلَّقَةُ ثلاثًا ، وهٰهُنا هى حَلالٌ له ، فلا يَثْبُتُ فيها حِلٌّ . وقولُهم : إنَّه يَهْدِمُ الطَّلاقَ . قُلْنا : بل هو غايةٌ لتَحْريمِه ، وما دونَ الثَّلاثِ لا تَحْريمَ فيها ، فلا يَكُونُ غايةً له .

٨/٤٢و

١٢٨٧ – مسألة ؛ قال : (وَإِذَا كَانَ الْمُطَلِّقُ عَبْدًا ، وَكَانَ طَلَاقُه اثْنَتَيْنِ ، لَمْ تَحِلَّ لَهُ زَوْجَتُهُ حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ ، حُرَّةً كَانَتِ الزَّوْجَةُ أَوْ مَمْلُوكَةً[1] ؛ لأَنَّ الطَّلَاقَ بِالرِّجَالِ وَالْعِدَّةَ بِالنِّسَاءِ)

وجملةُ ذلك أنَّ الطَّلاقَ مُعْتَبَرٌ بالرِّجالِ ، فإنْ كان الزَّوجُ حُرًّا ؛ فطلاقُه ثلاثٌ ، حُرَّةً كانتِ الزَّوجةُ أو أَمَةً ، وإنْ كان عبدًا ؛ فطلاقُه اثنتانِ حُرَّةً كانت زوجتُه أو أَمَةً . فإذا طَلَّقَ اثْنَتَيْنِ ، حَرُمَتْ عليه ، حتى تَنْكِحَ زوجًا غيرَه . رُوِىَ ذلك عن عمرَ ، وعثمانَ ، وزيدٍ ، وابنِ عبّاسٍ . وبه قال سعيدُ بنُ المُسَيَّبِ ، ومالكٌ ، والشَّافعىُّ ، وإسحاقُ ، وابنُ المُنْذرِ . وقال ابنُ عمر : أيُّهما رَقَّ نَقَصَ الطَّلاقُ برِقِّه ، فطَلاقُ العبدِ اثْنَتانِ ، وإن كان

---

(٥) فى ب : « إلى الزوج » .
(٦) فى الأصل : « فأشبهت » .
(٧) فى ا ، م : « للتحريم » .
(٨) سورة البقرة ٢٣٠ .
(٩) فى ب ، م : « حلال » .
(١٠) سقطت الواو من : م .
(١) فى ا : « أمة » .

تحته حُرَّةٌ ، وطلاقُ الأمَةِ اثْنَتان ، وإنْ كان زوجُها حُرًّا . ورُوِىَ عن علىٍّ ، وابن مسعودٍ أنَّ الطَّلاقَ مُعْتَبَرٌ بالنِّساءِ ، فطلاقُ الأمَةِ اثْنَتانِ ، حُرًّا كان الزَّوجُ أو عبدًا ، وطلاقُ الحُرَّةِ ثلاثٌ ، حُرًّا كان زوجُها أو عبدًا . وبه قال الحسنُ ، وابن سِيرِينَ ، وعِكْرِمَةُ ، وعَبِيدةُ ، ومَسْروقٌ ، والزُّهْرِىُّ ، والحَكَمُ ، وحَمَّادٌ ، والثَّوْرِىُّ ، وأبو حنيفةَ ؛ لما رَوَتْ عائشةُ رَضِىَ اللهُ عنها ، عن النَّبِىِّ ﷺ ، أنَّه قال : « طَلَاقُ الْأَمَةِ تَطْلِيقَتَانِ ، وقُرْؤُهَا حَيْضَتَانِ » . رَواه أبو داودَ ، وابنُ ماجه[2] . ولأنَّ المرأةَ مَحَلٌّ للطَّلاقِ[3] ، فيُعْتَبَرُ بها كالعِدَّةِ . ولَنا ، أنَّ اللهَ تعالى خاطَبَ الرِّجالَ بالطَّلاقِ ، فكان حُكْمُه مُعْتَبَرًا بهم . ولأنَّ الطَّلاقَ خالصُ حَقِّ الزَّوجِ ، وهو ممَّا يَخْتَلِفُ بالرِّقِّ والحُرِّيَّةِ ، فكان اخْتلافُه به كعَدَدِ المَنْكوحاتِ . وحديثُ عائشةَ ، قال أبو داود : رَاوِيه[4] مُظاهِر بن أسْلَم ، وهو مُنْكَرُ الحديثِ . وقد أخْرَجه الدَّارَقُطْنِىُّ ، فى « سُنَنِه »[5] ، عن عائشةَ ، قالت : قال رسول اللهِ ﷺ / : « طَلَاقُ الْعَبْدِ اثْنَتَانِ ، فَلَا تَحِلُّ لَهُ حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ ، وَقُرْءُ الْأَمَةِ حَيْضَتَانِ ، وتَتَزَوَّجُ الْحُرَّةُ عَلَى الْأَمَةِ ، وَلَا تَتَزَوَّجُ الْأَمَةُ عَلَى الْحُرَّةِ » . وهذا نَصٌّ . ولأنَّ الحُرَّ يَمْلِكُ أنْ يتزوَّجَ أربعًا ، فمَلَكَ طلقاتٍ ثلاثًا ، كما لو كان تحْتَه حُرَّةٌ ، ولا خِلافَ فى أنّ الحُرَّ ، الذى زَوْجَته حُرَّةٌ ، طلاقُه ثلاثٌ ، وأنَّ العبدَ ، الذى تحته أمَةٌ ، طلاقُه اثنتانِ ، وإنَّما الخلافُ فيما إذا كان أحدُ الزَّوْجينِ حُرًّا والآخَرُ رَقيقًا .

٨/٤٢ظ

فصل : قال أحمدُ : المُكاتَبُ عبدٌ ما بَقِىَ عليه دِرْهَمٌ ، وطلاقُه وأحكامُه كلُّها أحْكامُ العَبِيدِ[6] . وهذا صحيحٌ ؛ فإنَّه جاء فى الحديثِ : « الْمُكَاتَبُ عَبْدٌ مَا بَقِىَ عَلَيْهِ

---

(٢) أخرجه أبو داود ، فى : باب فى سنة طلاق العبد ، من كتاب الطلاق . سنن أبى داود ١ / ٥٠٦ . وابن ماجه ، فى : باب فى طلاق الأمة وعدتها ، من كتاب الطلاق . سنن ابن ماجه ١ / ٦٧٢ .

كما أخرجه الترمذى ، فى : باب ما جاء أن طلاق الأمة تطليقتان ، من كتاب الطلاق . عارضة الأحوذى ٥ / ١٥٢ . والدارمى ، فى : باب فى طلاق الأمة ، من كتاب الطلاق . سنن الدارمى ٢ / ١٧١ .

(٣) فى الأصل ، م : « الطلاق » .

(٤) فى النسخ : « رواية » .

(٥) فى : كتاب الطلاق والخلع والإيلاء وغيره . سنن الدارقطنى ٤ / ٣٩ .

(٦) فى الأصل : « العبد » .

دِرْهَمٌ »[٧] . ولأنّه يَصِحُّ عِتْقُه ، ولا يَنْكِحُ إلا اثنتَيْنِ ، ولا يَتزوَّجُ ولا يَتسرَّى إلَّا بإذنِ سيِّده . وهذه أحكامُ العَبِيدِ ، فيَكونُ طلاقُه كطلاقِ سائرِ العبيدِ . وقد رَوَى الأثْرَمُ ، فى « سُنَنِه » ، عن سليمانَ بنِ يَسَارٍ ، أنّ نُفَيْعًا مُكاتَبَ أمِّ سَلَمَةَ[٨] ، طَلَّقَ امرأةً حُرَّةً تطْليقتَيْنِ ، فسأَلَ عثمانَ وزيدَ بنَ ثابتٍ عن ذلك ، فقالا : حَرُمَتْ عليك[٩] . والْمُدَبَّرُ كالعَبْدِ القِنِّ فى نكاحِه وطلاقِه ، وكذلك المُعَلَّقُ عِتْقُه بصِفَةٍ ؛ لأنّه عبدٌ ، فَتَثْبُتُ فيه أحكامُ العبيدِ[١٠] .

فصل : قال أحمدُ ، فى روايةِ محمدِ بنِ الحَكَمِ : العبدُ إذا كان نِصْفُه حُرًّا ، ونِصْفُه عبدًا ، يَتزوَّجُ ثلاثًا ، ويُطَلِّقُ ثلاثَ تَطْليقاتٍ . وكذلك كلُّ ما تَجزَّأ بالحسابِ ، إنَّما جعَلَ له نكاحَ ثلاثٍ ، لأنَّ[١١] عددَ المَنْكُوحاتِ يَتبَعَّضُ ، فوَجَبَ أنْ يَتبعَّضَ فى حقِّه كالحَدِّ ، فلذلك كان له أنْ يَنْكِحَ نِصفَ ما يَنْكِحُ الحُرُّ ونِصفَ ما يَنْكِحُ العبدُ[١٢] ، وذلك ثلاثٌ . وأمَّا الطَّلاقُ فلا يُمكِنُ قِسْمَتُه فى حقِّه ؛ لأنّ مُقْتَضَى حالِه أنْ يَكُونَ له ثلاثةُ أرْباعِ الطَّلاقِ ، وليس له ثلاثةُ أرْباعٍ ، [١٣]فكَمَلَ فى حقِّه ، ولأنّ الأصْلَ إثْباتُ الطَّلقاتِ الثَّلاثِ فى حقِّ كُلِّ مُطَلِّقٍ[١٣] ، وإنَّما خُولِفَ فى مَن كَمَلَ الرِّقُّ فى حقِّه ، ففى من عَداهُ يَبْقَى على الأصْلِ .

فصل : إذا طَلَّقَ العَبْدُ زوجتَه اثنتَيْنِ ، ثم عَتَقَ ، لم تَحِلَّ له زوجتُه حتى تَنْكِحَ زَوْجًا غيرَه ؛ لأنّها حُرِّمَتْ عليه بالطَّلاقِ تَحْريمًا لا يَحِلُّ[١٤] إلَّا بزَوْجٍ وإصابةٍ ، ولم يُوجَدْ

---

(٧) تقدم تخريجه فى : ٦ / ٢٦٧ .

(٨) فى الأصل : « أم سليم » .

(٩) أخرجه البيهقى ، فى : باب طلاق العبد بغير إذن سيده ، من كتاب الخلع والطلاق . السنن الكبرى ٧ / ٣٦٠ .

(١٠) فى الأصل : « العبد » .

(١١) فى م : « لأنه » .

(١٢) سقط من : م .

(١٣-١٣) سقط من : الأصل .

(١٤) فى ا ، م : « ينحل » .

ذلك ، فلا يَزولُ التَّحريمُ . وهذا ظاهرُ المذهبِ . وقد رُوِىَ عن أحمدَ ، أنَّه يَحِلُّ له أنْ يَتزوَّجَها ، وتَبْقَى عندَه على واحدةٍ . وذَكَرَ حديثَ ابنِ عبَّاسٍ ، عن النَّبِىِّ ﷺ ، فى الْمَمْلُوكَيْنِ : « إِذَا طَلَّقَهَا تَطْلِيقَتَيْنِ ثُمَّ / عَتَقَا ، فَلَهُ أَنْ يَتَزَوَّجَهَا »[١٥] . وقال : لا أرى شيئًا يَدْفعُه ، وغيرُ واحدٍ يَقولُ به ؛ أبو سَلَمَةَ ، وجابرٌ ، وسعيدُ بنُ المُسَيَّبِ . ورواه الإمامُ أحمدُ ، فى « المُسْنَدِ »[١٦] . وأكثرُ الرِّواياتِ عن أحمدَ الأَوَّلُ . وقال : حديثُ عثمانَ وزيدٍ فى تَحْريمِها عليه جَيِّدٌ ، وحديثُ ابنِ عبَّاسٍ يَرْوِيه عمرو بنُ مُغيث[١٧] ، ولا أعرِفُه . وقد قال ابنُ المُبَارَكِ : مَن أبو حَسَنٍ هذا ؟ لقد حَمَلَ صَخْرَةً عظيمةً . مُنْكِرًا لهذا الحديثِ . قال أحمدُ : أمّا أبو حسنٍ فهو عندى معروفٌ ، ولَكِنْ لا أعْرِفُ عمرَو بن مُغيثٍ . قال أبو بكرٍ : إنْ صحّ الحديثُ فالعَمَلُ عليه ، وإن لم يَصِحَّ ، فالعَمَلُ على حديثِ عثمانَ وزيدٍ ، وبه أقولُ . قال أحمدُ : ولو طَلَّقَ عبدٌ زوجتَه الأَمَةَ تَطْليقتَيْنِ ، ثم عَتَقَ واشْتراها ، لم تَحِلَّ له . ولو تَزَوَّجَ وهو عبدٌ ، فلم يُطَلِّقْها ، أو طَلَّقَها واحدةً ، ثم عَتَقَ ، فله عليها ثلاثُ تطْليقاتٍ ، أو طَلْقتانِ إنْ كان طَلَّقَها واحدةً ؛ لأنَّه فى حالِ الطَّلاقِ حُرٌّ ، فاعتُبِرَ حالُه حينَئِذٍ ، كما يُعْتَبَرُ حالُ المرأةِ فى العِدَّةِ حينَ وُجودِهَا . ولَو تَزَوَّجَها وهو حُرٌّ كافرٌ ، فسُبِىَ واسْتُرِقَّ ، ثم أَسْلَما جميعًا ، لم يَمْلِكْ إلَّا طلاقَ العَبيدِ ، اعتبارًا بحالِه حينَ الطَّلاقِ . ولو طلَّقَها[١٨] فى كُفْرِه واحدةً وراجَعَها ، ثم سُبِىَ واسْتُرِقَّ ، لم يَمْلِكْ إلَّا طلقةً واحدةً . ولو طلَّقَها فى كُفْرِه طلقتَيْنِ ، ثم اسْتُرِقَّ ، وأراد التَّزوُّجَ[١٩] بها ، جاز ، وله[٢٠]

---

(١٥) أخرجه أبو داود ، فى : باب فى سنة طلاق العبد ، من كتاب الطلاق . سنن أبى داود ١ / ٥٠٥ . والنسائى ، فى : باب طلاق العبد ، من كتاب الطلاق . المجتبى ٦ / ١٢٦ . وابن ماجه ، فى : باب من طلق أمة تطليقتين ثم اشتراها ، من كتاب الطلاق . سنن ابن ماجه ١ / ٦٧٣ .

(١٦) المسند ١ / ٢٢٩ ، ٣٣٤ .

(١٧) كذا ورد فى النسخ ، وفى المسند ١ / ٢٢٩ : « عمر بن مغيث » ، وفى المسند ١ / ٣٣٤ ، وسنن أبى داود ، والمجتبى ، وسنن ابن ماجه : « عمر بن معتب » . قال العقيلى : عمر بن معتب منكر الحديث . ويقال : عمر بن أبى مغيث . الضعفاء الكبير ٣ / ١٩٢ .

(١٨) فى م : « طلق » .

(١٩) فى م : « التزويج » .

(٢٠) سقطت الواو من : الأصل ، ب .

طلقةٌ واحدةٌ ؛ لأنَّ الطَّلْقَتَيْنِ وقَعتا غيرَ مُحَرِّمَتَيْنِ ، فلا يُعْتَبرُ حُكْمُهُما بما يَطْرَأُ بعدَهما ، كما أنَّ الطَّلقتَيْنِ مِنَ العَبْدِ لَمَّا[21] وقَعتا مُحَرِّمَتَيْنِ ، لم يُعْتَبَرْ ذلك بالعِتْقِ بعدَهما .

١٢٨٨ ـ مسألة ؛ قال : (**وَإِذَا قَالَ لِزَوْجَتِهِ : أَنْتِ طَالِقٌ ثَلَاثَةَ أَنْصَافِ تَطْلِيقَتَيْنِ . طَلُقَتْ بِثَلَاثٍ**)

نصَّ أحمدُ على هذا ، فى رواية مُهَنَّا . وقال أبو عبدِ اللهِ ابنُ حامدٍ : تَقَعُ طَلْقتانِ ؛ لأنَّ معناه ثَلاثةُ أنْصافٍ مِن طلقتَيْنِ ، وذلك طَلْقةٌ ونِصْفٌ ، ثم تَكْمُلُ فتَصِيرُ طَلْقتَيْنِ . وقيل : بل ثلاثٌ[1] ؛ لأنَّ النِّصْفَ الثّالثَ من طلقتَيْنِ[2] مُحالٌ . ولأصْحابِ الشّافعىِّ وَجْهانِ كهٰذَيْنِ . ولَنا ، أنَّ نِصْفَ الطَّلقتَيْنِ طلقةٌ ، وقد أوْقَعَه ثلاثًا ، فيَقَعُ ثلاثٌ ، كما لو قال : أنتِ طالقٌ ثلاثَ طَلَقاتٍ . وقولُهم : مَعْناه ثلاثةُ أنصافٍ مِن طلقتَيْنِ . تأويلٌ يُخَالِفُه ظاهرُ اللَّفْظِ ، فإنَّه على ما ذكروه[3] يكونُ ثلاثةَ أنْصافِ طَلْقةٍ ، ويَنبغى أنْ يكونَ ثلاثةُ أنْصافِ طلقتَيْنِ مُخَالِفَةً لثلاثةِ أنْصافِ طلقةٍ . وقولُهم : إنَّه مُحالٌ . قُلْنا : وقوعُ نصفِ الطَّلقتَيْنِ عليها ثلاثَ مرَّاتٍ ليس بمُحالٍ ، فيجبُ أنْ يَقَعَ .

٨/٤٣ظ /**فصل** : فإن قال : أنتِ طالقٌ مِلءَ الدُّنيا . ونَوَى الثّلاثَ ، وقعَ الثّلاثُ . وإنْ لم يَنْوِ شيئًا ، أو نَوَى واحدةً ، فهى واحدةٌ . قال أحمدُ ، فى مَن قال لامرأتِه : أنتِ طالقٌ ملءَ البيتِ : فإنْ أرادَ الغِلْظَةَ عليها ـ يعنى يُرِيدُ أنْ تَبِينَ منه ـ فهى ثلاثٌ . فاعْتَبَرَ نِيَّته ، فدلَّ على أنَّه إذا لم يَنْوِ يَقَعُ واحدةٌ ؛ وذلك لأنَّ الوصفَ لا يَقْتضِى عددًا . وهذا لا نَعلمُ فيه خلافًا ، إلَّا أنَّ الواحدةَ إذا وَقَعَتْ كانت رَجْعِيَّةً . وبهذا قال الشَّافعىُّ . وقال أبو حنيفة وأصحابُه : تكونُ بائنًا ؛ لأنَّه وَصَفَ الطَّلاقَ بصِفَةٍ زائدةٍ تَقْتضِى الزِّيادةَ عليها ، وذلك

---

(٢١) فى م زيادة : « أن » .

(١) سقط من : الأصل ، ب ، م .

(٢) فى ا : « الطلقتين » .

(٣) فى الأصل ، ا ، ب : « ذكره » .

هو الْبَيْنُونَةُ . ولَنا ، أنَّه طلاقٌ صادَفَ مدخولًا بها ، مِن غيرِ استيفاءِ عَدَدٍ ولا عِوَضٍ ، فكان رَجْعِيًّا ، كقوله : أنتِ طالقٌ . وما ذكَرُوه لا يَصِحُّ ؛ لأنَّ الطّلاقَ حُكْمٌ ، فإذا ثَبَتَ ثَبَتَ فى الدُّنيا كُلِّها ، فلا يَقْتضِى ذلك زيادةً . وإنْ قال : أنتِ طالقٌ أشدَّ الطَّلاقِ ، أو أغْلَظَه[٤] ، أو أطْوَلَ الطّلاقِ ، أو أعْرَضَه ، أو أقْصَرَه ، أو مِثْلَ الْجَبَلِ ، أو مِثْلَ عِظَمِ الجبلِ . ولا نِيَّةَ له ، وقَعتْ طَلْقَةٌ رَجْعِيَّةٌ . وبهذا قال الشَّافعيُّ . وقال أبو حنيفةَ ، فى جميعِها : يَقَعُ بائنًا . وقال صاحباه : إنْ قال : مثلَ الجَبَلِ . كانت رَجْعِيَّةً . وإنْ قال : مثلَ عِظَمِ الجبلِ . كانت بائنًا . ووَجْهُ القَوْلَيْنِ ما تَقَدَّم ، ولأنَّه لا يَمْلِكُ إيقاعَ البَيْنُونَةِ ، فإنَّها حُكْمٌ ، وليس ذلك إليه ، وإنَّما تُثْبتُ البينونة بأسبابٍ مُعَيَّنَة كالخُلْعِ ، والطَّلاقِ الثّلاثِ ، والطَّلاقِ قَبْلَ الدُّخولِ ، فيَمْلِكُ مُباشَرَةَ سَبَبِها فيَثْبُتُ . وإنْ أراد إثْباتَها بدونِ ذلك لم يَثْبُتْ . ويَحْتَمِلُ أنْ يكونَ أشدَّ الطّلاقِ عليه أو عليها ، وأغْلَظَ ؛ لتَعَجُّلِها[٥] ، أو لحُبِّ أحَدِهما صاحِبَه ومَشَقَّةِ فراقِه عليه ، فلم يَقَعْ أمرٌ زائدٌ بالشَّكِّ . وإنْ قال : أنتِ طالقٌ أقْصَى الطَّلاقِ ، أو أكْبَرَه[٦] . فكذلك فى قياسِ المذهبِ . ويَحْتَمِلُ أنْ يَكُونَ أقْصَى الطَّلاقِ ثلاثًا ؛ لأنَّ أقْصاه آخِرُه ، وآخِرُ الطَّلاقِ الثَّالثةُ ، ومِن ضَرُورةِ كَوْنِها ثالثةً وُقوعُ اثنتَيْنِ . وإنْ قال : أتمَّ الطَّلاقِ ، أو أكْمَلَه . فواحدةٌ إلَّا أنَّها تَكونُ سُنِّيَّةً ؛ لأنَّها أكْمَلُ الطَّلاقِ وأتَمُّه .

فصل : وإنْ قال : أنتِ طالقٌ أكْثَرَ الطّلاقِ ، أو كُلَّه ، أو جميعَه ، أو مُنْتهاه ، أو مِثْلَ عَدَدِ الحَصَى ، أو الرَّمْلِ ، أو القَطْرِ . طَلُقَتْ ثلاثًا ؛ لأنَّ هذا يَقْتضِى عددًا ، ولأنَّ للطَّلاقِ[٧] أقلَّ وأكثرَ ، فأقلُّه واحدةٌ ، وأكثرُه ثلاثٌ . وإنْ قال : كعددِ التُّرابِ ، أو الماءِ . وقَعَ ثلاثٌ . وقال أبو حنيفةَ : يقَعُ واحدةٌ بائنٌ[٨] ؛ لأنَّ الماءَ والتُّرابَ من أسماءِ

---

(٤) فى الأصل ، م : « وأغلظه » .

(٥) فى م : « لتعجلهما » .

(٦) فى ا : « أكثره » .

(٧) فى الأصل ، ب ، م : « الطلاق » .

(٨) فى م : « بائنا » .

٤٤/٨ و الأجْناسِ ، لا عَدَدَ له . ولَنا ، أنَّ الماءَ تَتَعَدَّد أنْواعُه / وقَطَرَاته ، والتُّراب تَتَعَدَّدُ أنواعُه وأجْزاؤُه ، فأشْبَهَ الحَصَا . وإن قال : يا مائةَ طالقٍ . أو : أنتِ مائةُ طالقٍ . طَلُقَتْ ثلاثًا . وإنْ قال : أنتِ طالقٌ كمائةٍ أو ألِفٍ . فهى ثلاثٌ . قال أحمدُ ، فى مَن قال : أنت طالقٌ كألِف تَطْليقةٍ : فهى ثلاثٌ . وبه قال محمدُ بنُ الحسنِ ، وبعضُ أصْحابِ الشّافعىِّ . وقال أبو حنيفةَ ، وأبو يوسفَ : إنْ لم تَكُنْ له نِيَّةٌ ، وَقَعَتْ واحدةٌ ؛ لأنَّه لم يُصَرِّح بالعَدَدِ ، وإنَّما شَبَّهَها بالألْفِ[٩] ، وليس المُوقَعُ المُشَبَّهَ[١٠] به . ولَنا ، أنَّ قولَه : كألِفٍ . تشبيهٌ بالعَدَدِ خاصَّةً ؛ لأنَّه لم يَذْكُر إلَّا ذلك ، فوَقَعَ العددُ ، كقولِه : أنتِ طالقٌ ، كعددِ ألِفٍ . وفى هذا انفصالٌ عَمَّا قالَ . وإنْ قالَ : أردتُ أنَّها طَلْقةٌ كألِفٍ فى صُعُوبَتِها . دِينَ . وهل يُقْبَلُ فى الحُكْمِ ؟ يُخَرَّجُ على روايتَيْنِ .

فصل : وإنْ قال : أنتِ طالقٌ مِن واحدةٍ إلى ثلاثٍ . وَقَعَ طَلْقتانِ . وبهذا قال أبو حنيفةَ ؛ لأنَّ ما بعدَ الغايةِ لا يَدْخُل فيها ، كقولِه تعالى : ﴿ ثُمَّ أَتِمُّواْ ٱلصِّيَامَ إِلَى ٱلَّيْلِ ﴾[١١] . وإنَّما يَدْخُل إذا كانت بمعنى مع ، وذلك خلافُ مَوْضوعِها . وقال زُفَر : يقعُ طَلْقةً ؛ لأنَّ ابْتِداءَ الغايةِ ليس منها ، كقولِه : بِعْتُك مِن هذا الحائطِ إلى هذا الحائطِ . وقال أبو يوسفَ ، ومحمدٌ : يَقَعُ الثَّلاثُ ؛ لأنَّه نَطَقَ بها ، فلم يَجُزْ إلْغاؤُها . ولَنا ، أنَّ ابْتِداءَ الغايةِ يَدْخُل ، كما لو قال : خَرَجْتُ مِن البَصْرَة . فإنَّه يَدُلُّ على أنَّه كان فيها ، وأمَّا انتهاءُ الغايةِ فلا يَدخلُ بمُقْتضَى اللَّفْظ ، ولو احْتَمل دخولَه وعَدَمَ دُخولِه ، لم نُجزِ الطَّلاقَ بالشَّكِّ . وإنْ قال : أنتِ طالقٌ ما بينَ واحدةٍ وثلاثٍ . وَقعَتْ واحدةٌ ؛ لأنَّها التى بينَهما .

فصل : فإن قال : أنتِ طالقٌ طلقةً فى اثنتَيْنِ . أو : واحدةً فى اثنتين . ونَوَى به

---

(٩) فى ب : « بألف » .

(١٠) فى م : « للشبه » .

(١١) سورة البقرة ١٨٧ .

ثلاثًا، فهى ثلاثٌ ؛ لأنَّه يُعَبَّر بفى عن «مع»، كقوله : ﴿فَٱدْخُلِى فِى عِبَٰدِى﴾[١٢] .
فتقديرُ الكلامِ ، أنتِ طالقٌ طلقةً مع طلقتَيْنِ . فإذا أقرَّ بذلك على نفسِه ، قُبِلَ منه . وإن قال : أردتُ واحدةً . قُبِلَ أيضًا ، حاسبًا كان أو غَيْرَ حاسبٍ . وقال القاضى : إذا كان عارفًا بالحسابِ ، لم يُقْبَلْ منه ، ووقَعَ طَلْقتانِ ؛ لأنَّه خلافُ ما اقْتضاه اللَّفْظُ . ولَنا ، أنَّه فَسَّر كلامَه بما يَحْتَمِلُه ، فإنَّه لا يَبْعُدُ أنْ يُرِيدَ بكلامِه ما يريدُه العامِّىُّ . وإنْ لم تَكُن له نِيَّةٌ ، وكان عارفًا بالحسابِ ، وَقَعَ طَلْقتانِ . وقال الشَّافِعِىُّ[١٣] : إنْ أطْلَقَ ، لم يَقَع إلَّا واحدةٌ ؛ لأنَّ لفظَ الإيقاعِ إنَّما هو لَفْظُ[١٤] الواحدةِ ، وما زادَ عليها لم / يَحْصُلْ فيه لفظُ الإيقاعِ ، وإنَّما يَقَعُ الزَّائِدُ بالقَصْدِ ، فإذا خَلا عن القَصْدِ ، لم يَقَعْ إلَّا ما أوْقَعَه . وقال بعضُ أصْحابِه كقَوْلِنا . وقال أبو حنيفةَ : لا يَقَعُ إلَّا واحدةٌ ، سواءٌ قَصَدَ به الحِسابَ أوْ لَم يَقْصِدْ ، إذا لم يَقْصِدْ به واحدةً مع اثْنَتَيْنِ ؛ لأنَّ الضَّرْب إنَّما يَصِحُّ فيما لَهُ مِسَاحةٌ ، فأمَّا ما لا مِسَاحَةَ له فلا حَقِيقَةَ فيه للحِسَابِ ، وإنَّما حَصَلَ منه الإيقاعُ فى وَاحِدَةٍ ، فوَقَعَتْ دُونَ[١٥] غيرِها . ولَنا ، أنَّ هذا اللَّفْظَ مَوْضُوعٌ فى اصْطِلاحِهِمْ لِاثْنَتَيْنِ ، فإذَا لَفَظَ به وأطْلَقَ ، وَقَعَ ، كما لو قال : أنْتِ طالقٌ اثْنَتَيْنِ . وبهذا يَحْصُلُ الانْفِصَالُ عمَّا قالَه الشَّافِعِىُّ ، فإنَّ اللفظَ الموضوعَ لا يُحْتاجُ مَعَه إلى نِيَّةٍ . فأمَّا ما قالَه أبو حنيفةَ ، فإنَّما ذلك فى وَضْعِ الحِسَابِ فِى الأَصْلِ ، ثُمَّ صَارَ مُسْتَعْمَلًا فِى كُلِّ مَالَه عَدَدٌ ، فَصَارَ حَقِيقَةً فيه ، فأمَّا الجاهِلُ بِمُقْتَضَى ذلك فى الحِسابِ إذا أطْلَقَ ، وَقَعتْ طَلْقَةٌ وَاحِدَةٌ ؛ لِأنَّ لَفْظَ الإيقاعِ إنَّما هو [١٦]لَفْظَةٌ واحِدَةٌ[١٦] ، وإنَّما صَارَ مَصْرُوفًا إلى الاثْنَتَيْنِ بوَضْعِ أهْلِ الحِسابِ واصْطِلَاحِهِمْ ، فَمَنْ لا يَعْرِفُ اصْطِلَاحَهم لا يَلْزَمُه مُقْتَضَاه ، كالعَرَبِىِّ

٤٤/٨ ظ

---

(١٢) سورة الفجر ٢٩ .

(١٣) فى م : « القاضى » . خطأ .

(١٤) فى م : « بلفظ » .

(١٥) سقط من : م .

(١٦-١٦) فى ا : « لفظ واحد » .

يَنْطِقُ بالطَّلَاقِ بالعَجَمِيَّةِ وهو لا يَعْرِفُ مَعْناها . ولم يُفَرِّقْ أصحابُنا فى ذلك ، بين أنْ يَكُونَ المُتَكَلِّمُ بذلك مِمَّن لهم عُرْفٌ فى هذا اللَّفْظ أولا ، والظَّاهِرُ أنَّه إن كان المُتَكَلِّمُ بذلك مِمَّنْ عُرْفُهم أنَّ «فى» هـٰهُنا بِمَعْنَى «مع» ، وَقَعَ به ثَلاثٌ ؛ لِأَنَّ كَلامَه يُحْمَلُ على عُرْفِهم ، والظَّاهرُ مِنْه إرادَتُه ، وهو المُتَبَادِرُ إلى الفَهْمِ مِن كلامِه . فإنْ نَوَى مُوجَبَه عِنْدَ أَهْلِ الحساب ، فقال القاضى : لا يَلْزَمُه مُقْتَضَاهُ ، كالعَرَبِىِّ يَنْطِقُ بالطَّلَاقِ بالعَجَمِيَّةِ ولا يَعْرِفُ معناها . وهذا قولُ أكثرِ أصحابِ الشَّافِعِىِّ ؛ لِأَنَّه إذا لم يكُنْ يَعْرِفُ مُوجَبَه ، فلم يَقْصِدْ إيقَاعَه ، ولا يَصِحُّ منه قَصْدُ مالا يَعْرِفُه .

فصل : فإن قال : أَنتِ طالِقٌ طَلْقَةً ، بل طَلْقَتَيْنِ . وَقَعَ طَلْقتانِ ، نَصَّ[17] عليه أَحمدُ . وقال أَصْحَابُ الشَّافِعِىِّ : يَقَعُ ثلاثًا ، فى أَحَدِ الوَجْهَيْنِ ؛ لأَنَّ قَوْلَه : أَنْتِ طَالِقٌ . إيقَاعٌ ، فلا يَجُوزُ إيقَاعُ الوَاحِدَةِ مَرَّتَيْنِ ، فيَدُلُّ عَلَى أَنَّه أَوْقَعَها ، ثُمَّ أَرادَ رَفْعَها ، وَأَوْقَعَ اثْنَتَيْنِ آخِرَتَيْنِ ، فَتَقَعُ الثَّلاثُ . ولَنا ، أَنَّ[18] ما لَفظَ به قَبْلَ الإِضْرابِ بَعْضُ ما لَفظَ به بَعْدَه ، فلم يَلْزَمْه أَكْثَرُ مِمَّا بَعْدَه ، كقَوْلِه : له[19] علَىَّ دِرهمٌ بل دِرْهمانِ . وَقَوْلُهُمْ : لا يجُوزُ إيقاعُ مَا أَوْقَعَه . قُلْنا : يجُوزُ أَنْ يُخْبِرَ بِوُقُوعِه ، مع وُقُوعِ غَيْرِه ، فلا يَقَعُ الزَّائِدُ بالشَّكِّ . قَالَ أَحمدُ : فإنْ قال : أَنْتِ طَالِقٌ لا بل أَنْتِ طَالِقٌ : هى واحِدَةٌ . وهَذَا اخْتِيَارُ أَبِى / بَكْرٍ . واخْتارَ القاضى أَنَّه يَقَعُ طَلْقَتَانِ ؛ لِأَنَّه أَرادَ رَفْعَ الأُولَى وإيقَاعَ الثَّانِيَةِ ، فَلَمْ تَرْتَفِعِ الأُولَى ، وَوَقَعَتِ الثَّانِيَةُ . وَوَجْهُ الأَوَّلِ ، أَنَّه لو قال : له عَلَىَّ دِرْهَمٌ ، بل دِرْهَمٌ . لَزِمَه دِرْهَمٌ وَاحِدٌ . كَذَا هـٰهُنا . فعلى هذا القَوْلِ ، إنْ نَوَى بِقَوْلِه : بل أَنْتِ طَالِقٌ طَلْقَةً أُخْرَى . وَقَعَ اثْنَتانِ ؛ لِأَنَّه قَصَدَ إيقاعَ طَلْقَتَيْنِ بِلَفْظَيْنِ ، فَوَقَعَ ، كما لو قالَ : أَنْتِ طَالِقٌ ، [20]أَنْتِ طَالِقٌ[20] . وذكَرَ القَاضِى احْتِمَالًا آخَرَ ؛ أَنَّه لَا يَقَعُ إِلَّا

٨/٤٥ و

---

(١٧) فى م : « من » تحريف .
(١٨) سقط من : الأصل .
(١٩) سقط من : ب ، م .
(٢٠ – ٢٠) سقط من : الأصل .

طَلْقَةٌ ؛ لِأَنَّ اللَّفْظَ مَوْضُوعٌ لِوَاحِدَةٍ ، فَلَا يَصِحُّ أَنْ يَنْوِىَ به اثْنَتَيْنِ . قَالَ أَحْمَدُ : وَلَوْ كَانَ لَهُ امْرَأَتَانِ ، فَقَالَ لِإِحْدَاهُما : أَنْتِ طَالِقٌ . ثُمَّ قَالَ لِلْأُخْرَى : لَا بَلْ أَنْتِ طَالِقٌ . طَلُقَتَا جَمِيعًا . ووَجْهُه أَنَّه أَوْقَعَ طَلَاقَ الْأُولَى ، ثم أَضْرَبَ عنه ، وأَوْقَعَ طَلَاقَ الْأُخْرَى ، فَوَقَعَ بِها ، وَلَمْ يَرْتَفِعْ عن الْأُولَى . وفارَقَ مَا إذا قال ذلك لِوَاحِدَةٍ ؛ لِأَنَّ الطَّلْقَةَ[21] يجوزُ أَنْ تَكُونَ هي الثَّانِيَةَ ، كَرَّرَ الإِخْبَارَ بها ، ولا يجوزُ فى الْمَرْأَتَيْنِ أَنْ يكونَ طلاقُ إِحْداهما هو طَلَاقَ الأُخْرَى . وَنَظِيرُهُ فى الإِقْرَارِ ما لو قال : له عَلَيَّ دِرْهَمٌ ، بل دِرْهَمٌ . لَزِمَهُ دِرْهَمٌ . ولو قال : له عَلَيَّ دِرْهَمٌ بل دِينَارٌ . لَزِمَاهُ جَمِيعًا . ولو قالَ : أَنْتِ طَالِقٌ وَاحِدَةً ، بل هذه ثَلاثًا . طَلُقَتِ الأُولَى وَاحِدَةً ، والثَّانِيَةُ ثَلَاثًا . ولو قال لِامْرَأَةٍ غَيْرِ مَدْخُولٍ بِهَا : أَنْتِ طَالِقٌ واحدَةً ، بل ثَلَاثًا . طَلُقَتْ وَاحِدَةً ؛ لأَنَّها بانَتْ بالأُولَى ، فلمْ يقعْ بِهَا مَا بَعْدَها . وإنْ قال : أَنْتِ طَالِقٌ وَاحِدَةً ، بل ثَلَاثًا ، إنْ دَخَلْتِ الدَّارَ . ونَوَى تَعْلِيقَ الجَمِيعِ بِدُخولِ الدَّارِ ، تَعَلَّقَ . وَإِنْ نَوَى تَعْلِيقَ الثَّلَاثِ حَسْبُ ، وَقَعَتِ الْوَاحِدَةُ فى الْحَالِ . وإنْ أَطْلَقَ ، ففيه وَجْهانِ ؛ أَحَدُهما ، يَتَعَلَّقُ الْجَمِيعُ بِالشَّرْطِ ؛ لأَنَّهُ بَعْدَهما ، فيَعُودُ إليهما . والثَّانِى ، تَقَعُ الْوَاحِدَةُ فِى الحَالِ ، وَتَبْقَى الثَّلاثُ مُعَلَّقَةً بِدُخُولِ الدَّارِ ؛ لأَنَّه إِنَّما ذَكَرَ الشَّرْطَ عَقِيبَها ، فتَخْتَصُّ به . وإنْ قال : أَنْتِ طَالِقٌ إِنْ دَخَلْتِ الدَّارَ ، بل هذه . فَدَخَلَتِ الْأُولَى ، طَلُقَتَا . وإِنْ دَخَلَتِ الثَّانِيَةُ ، لم تَطْلُقْ وَاحِدَةٌ منهما . فإنْ قال : أَرَدْتُ أَنَّ الثَّانِيَةَ تَطْلُقُ إنْ دَخَلَتِ الدَّارَ . قُبِلَ منه ؛ لِأَنَّهُ مُحْتَمِلٌ لما قَالَه . وَإنْ قال : أَرَدْتُ أَنَّكِ تَطْلُقِينَ إِذَا دَخَلَتِ الثَّانِيَةُ الدَّارَ . قُبِلَ منه ؛ لِأَنَّه مُحْتَمِلٌ لما قالَهُ ، وكان طَلَاقُ الأُولَى وَحْدَها مُعَلَّقًا على دُخُولِ كُلٍّ وَاحِدَةٍ منهما .

فصل : إذا قال : أَنْتِ طَالِقٌ طَلْقَةً لَا تَقَعُ عَلَيْكِ . أَو : طَالِقٌ[22] لا . أَو : طالِقٌ[22] طَلْقَةً لا يَنْقُصُ بِهَا عَدَدُ طَلَاقِكِ . أَوْ : طَالِقٌ لا شَىْءَ . أَوْ : ليسَ بِشَىْءٍ . طَلُقَتْ / وَاحِدَةً ؛ لأَنَّ ذلك رَفْعٌ لِجميعِ ما أَوْقَعه ، فلم يَصِحَّ ، كاسْتِثْنَاءِ الْجَمِيعِ . وإِنْ قال

٤٥/٨ ظ

---

(٢١) فى ب : « اللفظة » .

(٢٢ - ٢٢) سقط من : الأصل

ذلك خبَرًا فهو كَذِبٌ ؛ لأَنَّ الْوَاحِدَةَ إذا أَوْقَعَهَا وَقَعَتْ . وهذا مَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ ، ولا نَعْلَمُ فيه مُخَالِفًا . وَإِنْ قال : أَنْتِ طَالِقٌ أو لا ؟ لَمْ يَقَعْ ؛ لأَنَّ هذا اسْتِفْهامٌ ، فإذا اتَّصَلَ به خَرَجَ مِن أَنْ يكونَ لَفْظًا لإِيقاعٍ ، وَيُخَالِفُ ما قَبْلَ ذلك ؛ فإنَّه إيقاعٌ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ يَقَعَ ؛ لأَنَّ لَفْظَهُ لَفْظُ الإِيقاعِ لا لَفْظُ الاسْتِفْهامِ ؛ لِكَوْنِ الاسْتِفْهامِ يكونُ بِالْهَمْزَةِ أو نَحْوِها ، فيَقَعُ ما أَوْقَعَهُ ، ولا يَرْتَفِعُ بما ذَكَرَهُ بَعْدَهُ كالَّتى قَبْلَها . وإنْ قال : أَنْتِ طالِقٌ وَاحِدَةً أو لا ؟ فكذلك . وبه قال أبو حنيفةَ ، وأبو يوسفَ . وهو قِياسُ قَوْلِ الشَّافِعِيِّ . وقال محمدٌ : يقعُ وَاحِدَةً ؛ لأَنَّ قَوْلَه : أو لا . يَرْجِعُ إلى ما يَلِيهِ مِن اللَّفْظِ ، وهو وَاحِدَةٌ ، دُونَ لَفْظِ الإِيقاعِ . وليس بِصَحِيحٍ ؛ لِأَنَّ الْوَاحِدَةَ صِفَةٌ لِلطَّلْقَةِ الْوَاقِعَةِ ، فما اتَّصَلَ بها يَرْجِع إليها ، فصارَ كقَوْلِهِ : أَنْتِ طالِقٌ أو لا شيء .

فصل : فإنْ قال : أَنْتِ طالِقٌ[٢٣] بعدَ مَوْتِى أو مَوْتِكِ ، أو مع مَوْتِى أو مَوْتِكِ . لم تَطْلُقْ . نَصَّ عليه أحمدُ . وبه قال الشَّافِعِيُّ . ولا نَعْلَمُ فِيه مُخَالِفًا ؛ لِأَنَّها تَبِينُ بِمَوْتِ أَحَدِهما ، فلا يُصادِفُ الطَّلاقُ نِكاحًا يُزِيلُهُ . وإِنْ تَزَوَّجَ أَمَةَ أَبِيهِ ، ثُمَّ قال : إذا ماتَ أبى فأَنْتِ طالِقٌ . فماتَ أَبوهُ ، لم يَقَع الطَّلاق . اخْتارَهُ الْقاضِى ؛ لأَنَّهُ بِالْمَوْتِ يَمْلِكُهَا ، فيَنْفَسِخُ نِكاحُها بِالمِلْكِ ، وهو زَمَنُ الطَّلاقِ ، فَلم يَقَعْ ، كما لو قالَ : أَنْتِ طالِقٌ مع مَوْتِى . واخْتارَ أبو الخَطَّابِ أَنَّهُ يَقَعُ ؛ لأَنَّ المَوْتَ سَبَبُ مِلْكِها وطلاقِها ، وفَسْخُ النِّكاحِ يَتَرَتَّبُ على المِلْكِ ، فيُوجَدُ الطَّلاقُ فى زَمَنِ الْمِلْكِ السَّابِقِ على الْفَسْخِ ، فيَثْبُتُ حُكْمُهُ . وإنْ قال : إِنِ اشْتَرَيْتُكِ فأَنْتِ طالِقٌ . ثُم اشْتَرَاها ، خُرِّجَ عَلَى الْوَجْهَينِ . وإنْ قال الأَبُ : إذا مِتُّ فأَنْتِ حُرَّةٌ . وقال الابْنُ : إذا ماتَ أبى فأَنْتِ طالِقٌ . وكانتْ تَخْرُجُ مِن الثُّلُثِ ، ثم ماتَ الأبُ ، وَقَعَ العِتْقُ والطَّلاقُ مَعًا . وإنْ لم تَخْرُجْ مِن الثُّلُثِ ، فإنَّ بَعْضَها يَنْتَقِلُ إلى الْوَرَثَةِ ، فيَمْلِكُ الابْنُ جُزْءًا منها يَنْفَسِخُ به النِّكاحُ ، فيكونُ كمِلْكِ جَمِيعِها فى فَسْخِ النِّكاحِ ومَنْعِ وُقُوعِ الطَّلاقِ . فإنْ أجازَ الْوَرَثَةُ عِتْقَها ، فذَكَرَ

---

(٢٣) فى م : « طلق » .

بعضُ أَهْلِ العِلْمِ أنَّ هذا يَنْبَنِى على الإجازَةِ ، هل هى تَنْفِيذٌ . أو عَطِيَّةٌ مُبْتَدَأَةٌ؟ فإن قُلْنَا : هى عَطِيَّةٌ مُبْتَدَأَةٌ . فقد انْفَسَخَ النِّكاحُ قَبْلَها فلم يَقَعِ الطَّلَاقُ . /وإنْ قُلْنا : هى تَنْفِيذٌ لِما فَعَلَ السَّيِّدُ . وَقَعَ الطَّلَاقُ . وَهَكَذَا إنْ أجازَ الزَّوْجُ وَحْدَهُ عِتْقَ أَبِيهِ ، فإنْ كان على الْأَبِ دَيْنٌ يَسْتَغْرِقُ تَرِكَتَهُ ، لم تَعْتِقْ . والصَّحِيحُ أَنَّ ذلك لا يَمْنَعُ نَقْلَ التَّرِكَةِ إلى الْوَرَثَةِ ، فهو كما لو لم يَكُنْ عليه دَيْنٌ فى فَسْخِ النِّكاحِ ، وإن كان الدَّيْنُ لا يَسْتَغْرِقُ التَّرِكَةَ ، وكانتْ تَخْرُجُ مِنَ الثُّلُثِ بعدَ أداءِ الدَّيْنِ ، عَتَقَتْ وطَلُقَتْ ، وَإِنْ لَمْ تَخْرُجْ مِن الثُّلُثِ[٢٤] لَمْ تَعْتِقْ كُلُّهَا فيكونُ حُكْمُها فى فَسْخِ النِّكَاحِ ومَنْعِ الطَّلاقِ ، كما لو اسْتَغْرَقَ الدَّيْنُ التَّرِكَةَ ، وإنْ أَسْقَطَ الْغَرِيمُ الدَّيْنَ بعدَ الْمَوْتِ ، لم يَقَعِ الطَّلَاقُ ؛ لأَنَّ النِّكاحَ انْفَسَخَ قَبْلَ إِسْقَاطِهِ .

٤٦/٨و

فصل : فى مَسائِلَ تَنْبَنِى عَلَى نِيَّةِ الْحَالِفِ وتَأْوِيلِهِ ؛ إذا قال : إنْ لم تُخْبِرِينِى بِعَدَدِ حَبِّ هذه الرُّمَّانَةِ ، فأنْتِ طالِقٌ . [٢٥]أو أَكَلَ تَمْرًا فقال : إنْ لم تُخْبِرِينِى بِعَدَدِ ما أَكَلْتُ ، فأنْتِ طالِقٌ[٢٥] . وَلَمْ تَعْلَمْ ذلك ، فإنَّها تَعُدُّ له عَدَدًا يَعْلَمُ أَنَّه قد أَتَى على عَدَدِ ذلك ، مثلَ أَنْ يُعْلَمَ أنَّ[٢٦] عَددَ ذلك ما بَيْنَ مِائَةٍ إلى أَلِفٍ ، فَتَعُدُّ ذلك كلَّهُ ، ولا يَحْنَثُ إِذَا كَانَتْ نِيَّتُه ذلك . وإنْ نَوَى الإخْبارَ بكَمِّيَّته مِنْ غَيْرِ نَقْصٍ ولا زِيَادَةٍ ، لم يَبْرَأْ إلَّا بذلك . وإنْ أَطْلَقَ ، فقِياسُ الْمَذْهَبِ أَنَّهُ لا يَبْرَأُ إلَّا بذلك أيضًا ؛ لأَنَّ ظَاهِرَ حَالِ الْحَالِفِ إرادَتُهُ ، فتَنْصَرِفُ يَمينُهُ إليه ، كالأَسْماءِ الْعُرْفِيَّةِ الَّتِى تَنْصَرِفُ اليَمِينُ عليها[٢٧] إلى مُسَمَّاها عُرْفًا ، دون مُسمَّاها حَقِيقَةً . ولو أَكلا[٢٨] تَمْرًا ، فقال : إنْ لَمْ تُمَيِّزِى نَوَى ما أَكَلْتُ مِن نَوَى ما أَكلْتِ ، فأنْتِ طالِقٌ . فأَفْرَدَتْ كُلَّ نَوَاةٍ وَحْدَها ، فَالْقَوْلُ فيها كالتى قَبْلَها . وإنْ وَقَفَتْ فى ماءٍ جَارٍ ، فَحَلَفَ عليها : إنْ خَرَجْتِ منه ، أو أَقَمْتِ[٢٩] فيه

(٢٤) فى الأصل : « الدين » .

(٢٥ - ٢٥) سقط من : ب .

(٢٦) سقط من : م .

(٢٧) سقط من : الأصل .

(٢٨) فى ب ، م : « أكل » .

(٢٩) فى ب ، م : « قمت » .

فأنْتِ طالِقٌ . فقال القاضى : قِياسُ الْمَذْهَبِ ، أنَّه يَحْنَثُ ، إلَّا أن يَنْوِىَ عَيْنَ الْمَاءِ الذى هى فيه؛ لأَنَّ إطْلاقَ يَمِينِهِ يَقْتَضِى خُرُوجَها مِن النَّهرِ أو إقامَتَها فيه. وقال أبو الخَطَّاب : لا يَحْنَثُ ؛ لِأَنَّ الْمَاءَ الْمَحْلُوفَ عليه جَرَى عنها ، وصارَتْ فى غَيْرِهِ ، فلم يَحْنَثْ ، سَوَاءٌ أقَامَتْ أو خَرَجَتْ ؛ لأنَّها إنَّما تَقِفُ فى غَيْرِه أو تَخْرُجُ منه . وكذلك قال القاضى ، فى « المُجرَّد » . وهو مَذْهَبُ الشَّافِعِىِّ ؛ لأنَّ الْأَيْمانَ عندهم تَنْبَنِى على اللَّفظِ ، لا على القَصْدِ ، وكذلك قالوا : لا يَحْنَثُ فى هذه الأيمانِ السَّابِقَةِ كُلِّهَا . ولو قال : إنْ كانتْ امْرَأتِى فى السُّوقِ ، فعَبْدِى حُرٌّ ، وإن كانَ عَبْدِى فى السُّوقِ ، فامْرَأتِى طالِقٌ . فكانا جَمِيعًا فى السُّوقِ ، فقِيلَ : يَعْتِقُ الْعَبْدُ ، ولا تَطْلُقُ الْمَرْأَةُ ؛ لِأنَّه لَمَّا حَنِثَ / فى اليَمِينِ الأُولَى ، عَتَقَ الْعَبْدُ ، فلم يَبْقَ له فِى السُّوقِ عَبْدٌ . ويَحْتَمِلُ أنْ يَحْنَثَ ؛ بِنَاءً على قَوْلِنَا فى مَن حَلَفَ على مُعَيَّنٍ تَعَلَّقَتِ الْيَمِينُ بعَيْنِهِ دُونَ صِفَتِهِ ، كمَنْ قال : إنْ كَلَّمْتِ عَبْدِى سَعْدًا ، فأنتِ طالِقٌ . ثم أعْتَقَهُ ، وكَلَّمَتْهُ ، طَلُقَتْ ، فكذلك هٰهُنا ؛ لأنَّ يَمِينَه تَعَلَّقَتْ بِعَبْدٍ مُعَيَّنٍ . وإنْ لَمْ يُرِدْ عَبْدًا بعَيْنِه ، لم تَطْلُقِ الْمَرْأةُ ؛ لِأنَّهُ لم يَبْقَ له عَبْدٌ فى السُّوقِ . ولو كان فى فِيهَا تَمْرَةٌ ، فقال : أنْتِ طَالِقٌ إنْ أكَلْتِهَا ، أو أَلْقَيْتِهَا ، أو أَمْسَكْتِهَا . فأكَلَتْ بَعْضَها ، وألْقَتْ بَعْضَها ، لم يَحْنَثْ إلَّا على قَوْلِ مَن قال : إنَّهُ يَحْنَثُ بِفِعْلِ بعضِ الْمَحْلُوفِ عليه . وإنْ نَوَى الْجَمِيعَ ، لم[30] يَحْنَثْ بِحَالٍ . ولو كانتْ عِنْدَهُ وَدِيعَةٌ لِإنْسانٍ ، فأحْلَفَهُ ظَالِمٌ أنْ ليس لِفُلانٍ عِنْدَكَ وَدِيعَةٌ ، فإنَّهُ يَحْلِفُ : ما لِفُلَانٍ عِنْدِى وَدِيعَةٌ . ويَنْوِى بما « الَّذى » ، ويَبَرُّ فى يَمِينِهِ . وكذلك لو سَرَقَتِ امْرَأتُهُ منه شَيْئًا ، فحَلَفَ عليها بالطَّلاقِ : لَتَصْدُقِنِّى[31] أسَرَقْتِ مِنِّى أم لا ؟ وَخافَتْ أَنْ تَصْدُقَهُ ، فإنَّها تقولُ : سَرَقْتُ منكَ ما سَرَقْتُ منكَ . وتَعْنِى الَّذِى سَرَقْتُ مِنْكَ[32] : ولو اسْتَحْلَفَهُ ظَالِمٌ : هَلْ رَأَيْتَ فُلانًا أو لا ؟ فإنَّه يَعْنِى بِرَأَيْت ، أى ضَرَبْتُ رِئَتَهُ . وذَكَرْتُه ، أى قَطَعْتُ ذِكَرَهُ . وما طَلَبْتُ منه حَاجَةً . أى الشَّجَرَةَ الَّتى حَبَسَهَا الْحَاجُّ . ولا أَخَذْتُ مِنْهُ فَرُّوجًا . يَعْنِى

٤٦/٨ ظ

(٣٠) سقط من : ا ، ب ، م .
(٣١) فى الأصل : « لتصدق » .
(٣٢) فى ب : « منه » .

الْقَباء . ولا حَصِيرًا ، وهو الْحَبْسُ . وَأَشْبَاهَ هذا . فمتى لم يَكُنْ ظَالِمًا ، فَحَلَفَ ، وعَنَى به هذا ، تَعَلَّقَتْ يَمِينُهُ بما عَنَاهُ . ولو كانتْ له امْرَأَةٌ على دَرَجَةٍ ، فحَلَفَ عليها أنْ لا تَنْزِلَ عنها ، ولا تَصْعَدَ منها ، ولا تَقِفَ عليها ، فإنَّها تَنْتَقِلُ عنها إلى سُلَّمٍ آخَرَ ، وتَنْزِلُ إنْ شاءَتْ ، أو تَصْعَدُ ، أوْ تَقِفُ عليه ؛ لِأَنَّ نُزُولَها إنَّمَا حَصَلَ مِنْ غيرِها إن[33] كان[34] فى يَمِينه ، ولا انْتَقَلَتْ عنها ، فإنَّها تُحْمَلُ مُكْرَهةً . ولو كانَ فى سُلَّمٍ ، وله امْرَأتانِ ، إحْدَاهُما فى الْغُرْفَةِ ، والْأُخْرَى فى الْبَيْتِ السُّفْلَانِى ، فحَلَفَ : لَا صَعِدْتُ إلى هذه ، ولا نَزَلْتُ إلى الْأُخْرَى . فإنَّ السُّفْلَى تَصْعَدُ ، وتَنْزِلُ العُلْيَا ، ثُم ينزِلُ إنْ شاءَ أو يَصْعَدُ .

فصل : قال عبدُ اللهِ بنُ أحمدَ : سَأَلْتُ أَبِى عن رَجُلٍ قال لِامْرَأَتِهِ : أَنْتِ طالِقٌ ، إنْ لم أُجَامِعْكِ اليومَ ، وأَنْتِ طالِقٌ إنِ اغْتَسَلْتُ منكِ اليومَ ، [35]وأنتِ طالقٌ إن فاتَتْنِى منه صلاةٌ[35] . قال : يُصَلِّى الْعَصْرَ ، ثم يُجَامِعُها ، فإذا غَابتِ الشَّمْسُ اغْتَسَلَ ، إنْ لم يكنْ أَرَادَ بِقَوْلِهِ : اغْتَسَلْتُ . الْمُجَامَعَة . وقال فى رجلٍ قال لامْرَأَتِه : أَنْتِ طالِقٌ إنْ لم أطَأْكِ فِى رمضانَ . فسافرَ مَسِيرَةَ أَرْبَعَةِ أَيَّامٍ / ، أَوْ ثَلَاثَةٍ ، ثم وَطِئَهَا . قال : لا يُعْجِبُنِى ؛ لِأَنَّها حِيلَةٌ ، ولا تُعْجِبُنِى الْحِيلَةُ فى هذا ولا فى غَيْرِهِ . قال القاضى : إنَّما كَرِهَ أحمدُ هذا ؛ لِأَنَّ السَّفَرَ الَّذى يُبِيحُ الفِطْرَ أَنْ يكونَ سَفَرًا مَقْصُودًا مُباحًا ، وهذا لا يَقْصِدُ به غيرَ حِلِّ الْيَمِينِ . والصَّحِيحُ أَنَّ هذا تَنْحَلُّ بِهِ الْيَمِينُ ، ويُبَاحُ له الْفِطْرُ فيه ؛ لأنَّهُ سَفَرٌ بَعِيدٌ مُبَاحٌ لِقَصْدٍ صَحِيحٍ ، وإرَادَةُ حَلِّ يَمِينِه مِن الْمَقَاصِدِ الصَّحِيحَةِ ، وقد أَبَحْنَا لِمَنْ له طَرِيقانِ ، قَصِيرَةٌ لا تُقْصَرُ فيها الصَّلَاةُ[36] ، وَبَعِيدَةٌ ، أنْ يَسْلُكَ البَعِيدةَ لِيَقْصُرَ فيها الصَّلَاةَ ويُفْطِرَ ، مع أنَّه لا قَصْدَ له سِوَى التَّرْخِيصِ[37] ، فهٰهُنا أَوْلَى .

٨/٤٧و

---

(٣٣) سقط من : ا ، م ، وفى ب : « وإن كانت » .

(٣٤) فى ب : « وكانت » .

(٣٥–٣٥) سقط من : ا ، ب ، م . وهو من حاشية الأصل . وبه تتم المسألة .

(٣٦) سقط من : الأصل ، ب .

(٣٧) فى ا ، ب : « الرخص » .

كتابُ الرَّجْعَةِ

وهى ثَابِتَةٌ بِالكتابِ والسُّنَّةِ والْإِجْماعِ ؛ أَمَّا الْكتابُ فقولُ اللهِ سُبحانهُ وتعالى : ﴿ وَالْمُطَلَّقَٰتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ ثَلَٰثَةَ قُرُوءٍ ﴾ إلى قوله : ﴿ وَبُعُولَتُهُنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ فِي ذَٰلِكَ إِنْ أَرَادُوا إِصْلَاحًا ﴾[1] . والمُرادُ بِهِ الرَّجْعَةُ عندَ جماعَةِ العُلماءِ وأَهْلِ التَّفسِيرِ . وقال تعالى : ﴿ وَإِذَا طَلَّقْتُمُ ٱلنِّسَاءَ فَبَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ ﴾[2] . أي بالرَّجْعَةِ ، ومَعْناه إذا قارَبْنَ بُلُوغَ أَجلِهِنَّ ، أي انْقِضاءَ عِدَّتِهِنَّ . وأَمَّا السُّنَّةُ ، فما رَوَى ابنُ عمرَ ، قال : طَلَّقْتُ امْرَأَتِى وهى حَائِضٌ ، فسَأَلَ عمرُ النَّبيَّ ﷺ ، فقال : « مُرْهُ فَلْيُرَاجِعْهَا » . مُتَّفَقٌ عليه[3] . ورَوَى أبو دَاوُدَ[4] ، عن عمرَ ، قال : إنَّ النَّبِيَّ ﷺ طَلَّقَ حَفْصَةَ ، ثم رَاجَعَهَا . وأَجْمَعَ أَهْلُ الْعِلْمِ أنَّ الْحُرَّ إذا طَلَّقَ الْحُرَّةَ دُونَ الثَّلاثِ ، أو الْعَبْدَ إذا طَلَّقَ دُونَ الاثْنَتَيْنِ ، أَنَّ لهما الرَّجْعَةَ فى العِدَّةِ . ذَكَرَهُ ابْنُ المُنْذِرِ .

١٢٨٩ ـ مسألة ؛ قال : (وَالزَّوْجَةُ إِذَا لَمْ يُدْخَلْ بِهَا ، تُبِينُهَا تَطْلِيقَةٌ ، وَتُحَرِّمُهَا الثَّلَاثُ مِنَ الْحُرِّ ، وَالِاثْنَتَانِ مِنَ الْعَبْدِ)

أَجْمَعَ أَهلُ الْعِلْمِ على أَنَّ غيرَ الْمَدْخولِ بِها تَبِينُ بطَلْقَةٍ وَاحِدَةٍ ، وَلا يَسْتَحِقُّ

---

(١) سورة البقرة ٢٢٨ .

(٢) سورة البقرة ٢٣١ .

(٣) تقدم تخريجه ، فى : ١ / ٤٤٤ .

(٤) فى : باب فى المراجعة ، من كتاب الطلاق . سنن أبى داود ١ / ٥٣١ .
كما أخرجه ابن ماجه ، فى : باب حدثنا سويد بن سعيد ، من كتاب الطلاق . سنن ابن ماجه ١ / ٦٥٠ .
والدارمى ، فى : باب فى الرجعة ، من كتاب الطلاق . سنن الدارمى ٢ / ١٦٠ ، ١٦١ .

مُطَلِّقُهَا رَجْعَتَهَا ؛ وذلك لأَنَّ الرَّجْعَةَ إِنَّما تكونُ فى الْعِدَّةِ ، ولا عِدَّةَ قبلَ الدُّخولِ ؛ لِقَوْلِ الله سُبْحانَهُ : ﴿ يَـٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ إِذَا نَكَحْتُمُ ٱلْمُؤْمِنَاتِ ثُمَّ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِن قَبْلِ أَنْ تَمَسُّوهُنَّ فَمَا لَكُمْ عَلَيْهِنَّ مِنْ عِدَّةٍ تَعْتَدُّونَهَا فَمَتِّعُوهُنَّ وَسَرِّحُوهُنَّ سَرَاحًا جَمِيلًا ﴾[1] . فبَيَّنَ الله سبحانَهُ أنَّهُ لا عِدَّةَ عليها ، فتَبِينُ بِمُجَرَّدِ طَلاقِهَا ، وتَصِيرُ كالْمَدْخولِ بها بعدَ انْقِضاءِ عِدَّتِها ، لا رَجْعَةَ عليها ، ولا نَفَقَةَ لها . وإنْ رَغِبَ مُطَلِّقُهَا فيها فهو خاطِبٌ مِن الْخُطَّابِ ، يتَزَوَّجُها برِضَاها [2]بِنِكاحٍ / جَدِيدٍ[2] ، وتَرْجِعُ إليه بطَلْقَتَيْنِ . وإنْ طَلَّقَهَا اثْنَتَيْنِ ، ثُمَّ تَزَوَّجَها ، رَجَعَتْ إليه بِطَلْقَةٍ وَاحِدَةٍ ، بغيرِ خِلافٍ بَيْنَ أَهْلِ الْعِلْمِ . وَإِنْ طَلَّقَها ثَلاثًا بِلَفْظٍ وَاحِدٍ[3] ، حَرُمَتْ عليه حتى تَنْكِحَ زَوْجًا غيرَه ، فى قَوْلِ أَكْثَرِ أَهلِ الْعِلْمِ . وقد ذَكَرْنا ذلك فيما مَضَى . وَلا خِلافَ بينهم فِى أَنَّ الْمُطَلَّقَةَ ثَلاثًا بعدَ الدُّخولِ ، لا تَحِلُّ له حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجًا غيرَهُ ، لِقَوْلِ الله سبحانَه : ﴿ فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدُ حَتَّى تَنكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ ﴾[4] . وروَتْ عائشةُ : أَنَّ رِفاعَةَ الْقُرَظِىَّ طَلَّقَ امْرَأَتَهُ ، فَبَتَّ طَلاقَها ، فتَزَوَّجَتْ بعدَهُ عبدَ الرحمنِ بنَ الزُّبَيْرِ ، فجاءَتْ رسولَ الله ﷺ ، فقالتْ : إنَّها كانَتْ عندَ رِفَاعَةَ ، فطَلَّقَها آخِرَ ثَلاثِ تَطْلِيقَاتٍ ، فتَزَوَّجَتْ بعدَهُ بعبدِ الرحمنِ بنِ الزُّبَيْرِ ، وإنَّهُ واللهِ ما معه إلَّا مِثْلُ هذه الْهُدْبَةِ . وَأَخَذَتْ بِهُدْبَةٍ مِنْ جِلْبابِها . قالتْ : فتَبَسَّمَ رسولُ الله ﷺ ضاحِكًا ، وقال : « لَعَلَّكِ تُرِيدِينَ أَنْ تَرْجِعِى إِلَى رِفَاعَةَ ؟ لَا ، حَتَّى يَذُوقَ عُسَيْلَتَكِ ، وَتَذُوقِى عُسَيْلَتَهُ » . مُتَّفَقٌ عليه[5] . وفى إجْماعِ أهلِ العِلْمِ على هذا غُنْيَةٌ عن الإطالَةِ فيه . وجُمْهُورُ أهلِ العِلْمِ على أنَّها لا تَحِلُّ لِلْأَوَّلِ حتى يَطَأَهَا الزَّوْجُ الثَّانى وَطْئًا يُوجَدُ فيه الْتِقاءُ الخِتَانَيْنِ ، إلَّا أَنَّ سعيدَ بْنَ الْمُسَيَّبِ مِن بينهِمْ قال : إذا

٤٧/٨ ظ

---

(١) سورة الأحزاب ٤٩ .

(٢-٢) فى الأصل : « نكاحا جديدا » .

(٣) سقط من : الأصل .

(٤) سورة البقرة ٢٣٠ .

(٥) تقدم تخريجه فى صفحة ٥٣ .

تَزَوَّجَهَا تَزْوِيجًا[٦] صَحِيحًا ، لا يُرِيدُ بِهِ إِحْلالًا ، فلا بَأْسَ أَنْ يَتَزَوَّجَها الْأَوَّلُ . قال ابْنُ الْمُنْذِرِ : لا نَعْلَمُ أَحَدًا مِن أَهلِ العِلْمِ قال بِقَوْلِ سعيدِ بنِ المُسَيَّبِ هذا ، إِلَّا الخَوارِجَ أَخَذُوا بِظاهِرِ قولِهِ سبحانَه : ﴿ حَتَّى تَنكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ ﴾ . ومع تَصْرِيحِ النَّبِيِّ ﷺ بِبيانِ المُرادِ مِنْ كتابِ اللهِ تعالى ، وأَنَّها لا تَحِلُّ لِلْأَوَّلِ حتى يَذُوقَ الثَّانِى عُسَيْلَتَهَا وتَذُوقَ عُسَيْلَتَهُ ، لا يُعَرَّجُ على شىءٍ سِواهُ ، ولا يَسُوغُ لأَحَدٍ الْمَصِيرُ إلى غيرِه ، مع ما عليه جُمْلَةُ أَهْلِ العِلْمِ ؛ منهم علىُّ بن أبى طالِبٍ ، وابْنُ عمرَ ، وابنُ عَبَّاسٍ ، وجابِرٌ ، وعائشةُ ، رَضِىَ اللهُ عنهم ، وَمِمَّنْ بعدَهم مَسْرُوقٌ ، والزُّهْرِىُّ ، ومالِكٌ ، وأَهْلُ المَدِينَةِ ، والثَّوْرِىُّ ، وَأَصْحابُ الرَّأْىِ ، والأَوْزاعِىُّ ، وَأَهْلُ الشَّامِ ، والشَّافِعِىُّ ، وأبو عُبَيْدَةَ ، وغيرُهم .

فصل : ويُشْتَرَطُ لِحِلِّها لِلْأَوَّلِ ثلاثةُ شُرُوطٍ ؛ أحدُها ، أَنْ تَنْكِحَ زَوْجًا غَيْرَه ، فلو كانتْ أَمَةً ، فَوَطِئَها سَيِّدُها ، لم يُحِلَّها ؛ لِقَوْلِ اللهِ تعالى : ﴿ حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ ﴾ . وهذا ليس بزَوْجٍ . ولو وُطِئَتْ بِشُبْهَةٍ ، لم تُبَحْ ؛ لما ذَكَرْنا . ولو كانَتْ أَمَةً ، فاسْتَبْرَأَهَا مُطَلِّقُها[٧] ، لَمْ / يَحِلَّ له وَطْؤُها ، فى قَوْلِ أَكْثَرِ أَهْلِ العِلْمِ . وقال بعضُ أَصْحابِ الشَّافِعِىِّ : تَحِلُّ له ؛ لِأَنَّ الطَّلَاقَ يَخْتَصُّ الزَّوْجِيَّةَ فَأَثَّرَ فى التَّحْرِيمِ بها ، وقَوْلُ اللهِ تعالى : ﴿ فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدُ حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ ﴾ . صَرِيحٌ فى تَحْرِيمِهَا ، فلا يُعَوَّلُ على ما خَالَفَهُ ، ولِأَنَّ الفَرْجَ لا يجوزُ أَنْ يكونَ مُحَرَّمًا مُباحًا ، فَسَقَطَ هذا . الشَّرْطُ الثَّانى ، أَنْ يكونَ النِّكاحُ صَحِيحًا ، فإِنْ كان فاسِدًا لَمْ يُحِلَّها[٨] الوَطْءُ فيه ، وبهذا قال الحسنُ ، والشَّعْبِىُّ ، وحَمَّادٌ ، ومالِكٌ ، والثَّوْرِىُّ ، والأَوْزاعِىُّ ، وإِسْحاقُ ، وأبو عُبَيْدٍ ، وأَصْحابُ الرَّأْىِ ، والشَّافِعِىُّ فِى الجَدِيدِ . وَقالَ فى القَدِيمِ : يُحِلُّها ذلك . وهو قَوْلُ الْحَكَمِ . وخَرَّجَهُ أبو الخَطَّابِ وَجْهًا فى المَذْهَبِ ؛ لِأَنَّهُ زَوْجٌ ، فيَدْخُلُ فى عُمُومِ النَّصِّ ، ولأَنَّ النَّبِىَّ ﷺ لَعَنَ المُحَلِّلَ وَالمُحَلَّلَ له[٩] . فَسَمَّاهُ مُحَلِّلًا ، مع فَسادِ

٤٨/٨ و

---

(٦) فى م : « تزوجا » .

(٧) فى ب : « مطلقا » .

(٨) فى ب : « يحل » .

(٩) تقدم فى صفحة ٥٠ .

نِكاحِه . ولَنا ، قَوْلُ اللهِ تعالى : ﴿ حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ ﴾ . وَإِطْلاقُ النِّكاحِ يَقْتَضِى الصَّحِيحَ ، ولذلك لو حَلَفَ لا يَتَزَوَّجُ ، فتَزَوَّجَ تَزْوِيجًا فاسِدًا ، لم يَحْنَثْ . ولو حَلَفَ لَيَتَزَوَّجَنَّ ، لم يَبَرَّ بالتَّزَوُّجِ الفَّاسِدِ . ولِأَنَّ أَكْثَرَ أَحْكامِ الزَّوْجِ غَيْرُ ثابِتَةٍ فيه ، مِن الإِحْصانِ ، واللِّعَانِ ، والظِّهارِ ، والْإِيلاءِ ، والنَّفَقَةِ ، وأَشْباه ذلك . وأَمَّا تَسْمِيَتُهُ مُحَلِّلًا ، فَلِقَصْدِه[10] التَّحْلِيلَ فيما لا يَحِلُّ ، ولو أَحَلَّ حَقِيقَةً لَمَا[11] لُعِنَ ، ولا لُعِنَ الْمُحَلَّلُ له ، وإنَّما هذا كقولِ النَّبِىِّ ﷺ : « مَا آمَنَ بِالْقُرْآنِ مَنِ اسْتَحَلَّ مَحارِمَهُ »[12] . وقال اللهُ تعالى : ﴿ يُحِلُّونَهُ عَامًا وَيُحَرِّمُونَهُ عَامًا ﴾[13] . ولِأَنَّهُ وَطْءٌ فى غيرِ نِكاحٍ صَحِيحٍ ، أَشْبَهَ وَطْءَ الشُّبْهَةِ . الشَّرْطُ الثَّالِثُ ؛ أَنْ يَطَأَها فى الْفَرْجِ ، فلو وَطِئَهَا[14] دُونَهُ ، أو فى الدُّبُرِ ، لم يُحِلَّهَا ؛ لأَنَّ النَّبِىَّ ﷺ عَلَّقَ الْحِلَّ على ذَوْقِ[15] العُسَيْلَةِ منهما ، ولا يَحْصُلُ إلَّا بالوَطْءِ فى الفَرْجِ ، وأَدْناه تَغْيِيبُ الحَشَفَةِ فى الفَرْجِ ؛ لأَنَّ أَحْكامَ الوَطْءِ تَتَعَلَّقُ بِه . ولو أَوْلَجَ الحَشَفَةَ مِن غيرِ انْتِشَارٍ ، لم تَحِلَّ له ؛ لأَنَّ الحُكْمَ يتَعَلَّقُ بِذَواقِ[16] العُسَيْلَةِ ، ولَا تَحْصُلُ مِنْ غيرِ انْتِشارٍ . وإنْ كان الذَّكَرُ مَقْطُوعًا ، فإنْ بَقِىَ منه قَدْرُ الحَشَفَةِ ، فأَوْلَجَهُ ، أَحَلَّها ، وإلَّا فلا . فإن كان خَصِيًّا ، أو مَسْلُولًا ، أو مَوْجُوءًا ، حَلَّتْ بِوَطْئِه ؛ لأَنَّهُ يَطَأُ كالْفَحْلِ ، ولم يَفْقِدْ إلَّا الإِنْزالَ ، وهو غيرُ مُعْتَبَرٍ فى الإِحْلالِ . وهذا قَوْلُ الشَّافِعِىِّ . قال أبو بكرٍ : وقد رُوِىَ عن أحمدَ ، فى الخَصِىِّ ، [17]أَنَّهُ لا يُحِلُّها ؛ فإنَّ أبا طالِبٍ / سأَلَه فِى الْمَرْأَةِ تَتَزَوَّجُ الخَصِىَّ[17] ، تُسْتَحَلُّ بِهِ ؟ قال : لا خَصِىٌّ يَذُوقُ العُسَيْلَةَ . قَالَ أبو بكرٍ : والْعَمَلُ على ما رَوَاهُ مُهَنَّا ، أَنَّهَا تَحِلُّ . ووَجْهُ الأَوَّلِ أَنَّ الخَصِىَّ

٨/٤٨ ظ

---

(١٠) فى الأصل : « فبقصده » .

(١١) فى ا : « لم » .

(١٢) تقدم تخريجه فى صفحة ٥٤ .

(١٣) سورة التوبة ٣٧ .

(١٤) فى ب زيادة : « فى » .

(١٥) فى ب : « ذواق » .

(١٦) فى م : « بذوق » .

(١٧–١٧) سقط من : ب . نقل نظر .

لا يَحْصُلُ منه الإِنْزَالُ ، فلا يَنَالُ لَذَّةَ الْوَطْءِ، فلا يَذُوقُ العُسَيْلَةَ . ويَحْتَمِلُ أَنَّ أحمدَ قال ذلك ؛ لأَنَّ الخَصِيَّ فى الغَالِبِ لا يَحْصُلُ منه الْوَطْءُ ، أو ليس بِمَظِنَّةِ الإِنْزَالِ[18] ، فلا يَحْصُلُ الإِحْلالُ بوَطْئِهِ ، كالوَطْءِ مِنْ غيرِ انْتِشارٍ .

فصل : واشْتَرَطَ أصْحابُنا أَنْ يكونَ الْوَطْءُ حَلالًا ، فَإِنْ وَطِئَهَا فى حَيْضٍ ، أو نِفَاسٍ ، أو إِحْرَامٍ مِن أَحَدِهما ، أو منهما ، أو وأحَدُهما صائِمٌ فَرْضًا ، لم تَحِلَّ . وهذا قَوْلُ مالِكٍ ؛ لأَنَّهُ وَطْءٌ حَرَامٌ لِحَقِّ اللهِ تعالى فلم يَحْصُلْ به الإِحْلالُ ، كوَطْءِ الْمُرْتَدَّةِ[19] . وظَاهِرُ النَّصِّ حِلُّها وهو قَوْلُهُ تعالى : ﴿ حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ ﴾ . وهذه قد نَكَحَتْ زَوْجًا غيرَه ، وأيضًا قولُه عليه السَّلامُ : « حَتَّى تَذُوقِى عُسَيْلَتَهُ ، وَيَذُوقَ عُسَيْلَتَكِ » . وهذا قد وُجِدَ ، ولأَنَّهُ وَطْءٌ فى نِكَاحٍ صَحِيحٍ فى محلِّ الوَطْءِ على سَبِيلِ التَّمَامِ ، فأحَلَّها ، كالْوَطْءِ الحَلالِ ، وكما لو وَطِئَها وقد ضَاقَ وَقْتُ الصَّلاةِ ، أو وَطِئَهَا مَرِيضَةً يَضُرُّهَا الوَطْءُ . وهذا أَصَحُّ إِنْ شاءَ اللهُ تعالى . وهو مَذْهَبُ أبى حَنِيفَةَ ، والشَّافِعِىِّ . وأَمَّا وَطْءُ المُرْتَدَّةِ ، فلا يُحِلُّهَا ، سَوَاءٌ وَطِئَهَا فى حَالِ رِدَّتِهما ، أو رِدَّتِها ، أو وَطِئَ المُرْتَدُّ المُسْلِمَةَ ؛ لأَنَّهُ إِنْ لم يَعُدِ المُرْتَدُّ منهما إلى الإِسْلامِ ، تَبَيَّنَ أَنَّ الوَطْءَ فى غيرِ نِكَاحٍ ، وإِنْ عادَ إلى الإِسْلامِ فى العِدَّةِ ، فقد كان الوَطْءُ فى نِكَاحٍ غيرِ تَامٍّ ؛ لأَنَّ سَبَبَ البَيْنُونَةِ حَاصِلٌ فيه . وهكذا لو أَسْلَمَ أَحَدُ الزَّوْجَيْنِ ، فوَطِئَهَا الزَّوْجُ قبلَ إِسْلامِ الآخَرِ ، لم يُحِلَّهَا لذلك .

فصل : فإِنْ تَزَوَّجَها مَمْلُوكٌ ، ووَطِئَها ، أَحَلَّهَا . وبذلك قال عَطاءٌ ، ومَالِكٌ ، والشَّافِعِىُّ ، وأَصْحَابُ الرَّأْىِ . ولا نَعْلَمُ لهم مُخَالِفًا ، ولِأَنَّه[20] دَخَلَ فِى عُمُومِ النَّصِّ ، ووَطْؤُهُ كَوَطْءِ الحُرِّ . وإِنْ تَزَوَّجَهَا مُرَاهِقٌ ، فوَطِئَهَا ، أَحَلَّها فى قولِهم ، إِلَّا مالِكًا ، وأبا عُبَيْدٍ ، فإِنَّهُما قالا : لا يُحِلُّها . ويُرْوَى ذلك عن الْحسنِ ؛ لأَنَّهُ وَطْءٌ مِنْ غيرِ بَالِغٍ ،

---

(18) فى الأصل : « للإنزال » .

(19) فى ب : « المرتد » .

(20) سقطت الواو من : ا .

فأَشْبَهَ وَطْءَ الصَّغِيرِ . ولَنا ، ظَاهِرُ النَّصِّ ، وَأَنَّهُ وَطْءٌ مِن زَوْجٍ فى نِكاحٍ صَحِيحٍ ، فأَشْبَهَ البالِغَ ، وَيُخَالِفُ الصَّغِيرَ ؛ فإِنَّهُ لا يُمْكِنُ الوَطْءُ منه ، ولا تُذَاقُ عُسَيْلَتُهُ . قال القاضى : ويُشْتَرَطُ أَنْ يَكونَ له اثْنَتا عَشرةَ سَنَةً ؛ لِأَنَّ مَنْ دُونَ ذلك لا يُمْكِنُه المُجَامَعَةُ . ولا مَعْنَى لهذا ؛ فإنَّ الخِلافَ فى الْمُجَامِعِ ، ومتى أَمْكَنَهُ الجِماعُ ، فقد وُجِدَ منه الْمَقْصُودُ فلا مَعْنَى لِاعْتِبارِ سِنٍّ ما وَرَدَ الشَّرْعُ باعْتِبَارِها ، وَتَقْدِيرِه بمُجَرَّدِ الرَّأْىِ والتَّحكُّمِ / . وإنْ كانَتْ ذِمِّيَّةً ، فَوَطِئَها زَوْجُها الذِّمِّىُّ ، أَحَلَّهَا لمُطَلِّقِهَا الْمُسْلِمِ . نَصَّ عَلَيْهِ أَحْمَدُ . وقال : هو زَوْجٌ ، وبه تَجِبُ المُلَاعَنَةُ والْقَسْمُ . وبه قال الحسنُ ، والزُّهْرِىُّ ، والثَّوْرِىُّ ، والشَّافِعِىُّ ، وأبو عُبَيْدٍ ، وأَصْحَابُ الرَّأْىِ ، وابْنُ المُنْذِرِ . وقال رَبِيعَةُ ، ومَالِكٌ : لَا يُحِلُّهَا . ولَنا ، ظَاهِرُ الآيَةِ ، ولِأَنَّهُ وَطْءٌ مِنْ زَوْجٍ فى نِكاحٍ صَحِيحٍ تَامٍّ ، أَشْبَهَ وَطْءَ المُسْلِمِ . وَإِنْ كَانَا مَجْنُونَيْنِ ، أو أَحَدُهما ، فوَطِئَها ، أَحَلَّهَا . وقال أبو عبدِ اللهِ ابنُ حامِدٍ : لَا يُحِلُّهَا ؛ لأَنَّهُ لا يَذُوقُ العُسَيْلَةَ . ولَنا ، ظَاهِرُ الآيَةِ ، ولِأَنَّهُ وَطْءٌ مُباحٌ فِى نِكاحٍ صَحِيحٍ ، أَشْبَهَ العَاقِلَ . وقَوْلُهُ : لا يَذُوقُ العُسَيْلَةَ . لا يَصِحُّ ، فإِنَّ الجُنُونَ إِنَّما هو تَغْطِيَةُ العَقْلِ . وليس العَقْلُ شَرْطًا فى الشَّهْوَةِ وحُصُولِ اللَّذَّةِ ، بِدَلِيلِ البَهائِمِ ، لكنْ إنْ كانَ المَجْنُونُ ذَاهِبَ الحِسِّ ، كالمَصْرُوعِ ، والمُغْمَى عليه ، لم يَحْصُلِ الْحِلُّ بوَطْئِه ، ولا بوَطْءِ مَجْنُونَةٍ فى هذه الحَالِ ؛ لأَنَّه لا يَذُوقُ العُسَيْلَةَ ولا تَحْصُلُ لَهُ لَذَّةٌ[٢١] . ولَعَلَّ ابنَ حامِدٍ إنَّما أَرادَ المَجْنُونَ الذى هذه حالُهُ ، فلا يكونُ هٰهُنا اخْتِلافٌ . ولو وَطِئَ مُغْمًى عليها ، أو نَائِمَةً لا تُحِسُّ بِوَطْئِهِ ، فَيَنْبَغِى أَنْ لا تَحِلَّ بهذا ؛ لِمَا ذَكَرْنَاه . وحَكَاهُ ابْنُ الْمُنْذِرِ . وَيَحْتَمِلُ حُصُولُ الحِلِّ فى ذلك كُلِّهِ ، أَخْذًا مِنْ عُمُومِ النَّصِّ . واللهُ أعلمُ .

٤٩/٨ و

فصل : وإن[٢٢] وَجَدَ على فِرَاشِهِ امْرَأَةً ، فَظَنَّهَا أَجْنَبِيَّةً ، أو ظَنَّهَا جارِيَتَهُ ، فَوَطِئَهَا ، فإذا هى امْرَأَتُه ، أَحَلَّها ، لأَنَّهُ صَادَفَ نِكَاحًا صَحِيحًا . ولو وَطِئَها

---

(٢١) فى ا : « اللذة » .

(٢٢) فى م : « ولو » .

فأفضَاها ، أو وَطِئَهَا وهى مَرِيضَةٌ تَتَضَرَّرُ بوَطْئِهِ ، أَحَلَّهَا ؛ لأَنَّ التَّحْرِيمَ هـٰهُنا لِحَقِّها . وإنْ اسْتَدْخَلَتْ ذَكَرَهُ وهو نَائِمٌ ، أو مُغْمًى عليه ، لم تَحِلَّ ؛ لِأَنَّهُ [٢٣] لم يَذُقْ [٢٣] عُسَيْلَتَها . ويَحْتَمِلُ أَنْ تَحِلَّ ؛ لِعُمُومِ الآيَةِ . واللهُ أعلمُ .

١٢٩٠ – مسألة ؛ قال : (وَإِذَا طَلَّقَ الحُرُّ زَوْجَته أَقَلَّ مِنْ ثَلاثٍ ، فَلَهُ عَلَيْهَا الرَّجْعَةُ مَا كَانَتْ فِى العِدَّةِ)

أَجْمَعَ أَهْلُ العِلْمِ على أَنَّ الحُرَّ إذا [١] طَلَّقَ الحُرَّةَ بعدَ دُخُولِهِ بِها أَقَلَّ مِن ثلاثٍ ، بغيرِ عِوَضٍ ، ولا أَمْرٍ يَقْتَضِى بَيْنُونَتَها ، فله عليها الرَّجْعَةُ ما كانَتْ فى عِدَّتِهَا ، وعلى أنَّهُ لا رَجْعَةَ له [٢] عليها بَعْدَ قَضاءِ [٣] عِدَّتِهَا ؛ لمَا ذَكَرْنَا فِى أَوَّلِ البابِ . وإنْ طَلَّقَ الحُرُّ امْرَأَتَه [٤] الأَمَةَ ، فهو كطَلَاقِ الحُرَّةِ ، إِلَّا أَنَّ فيه خِلافًا ذَكَرْنَاهُ فِيمَا مَضَى ، وَذَكَرْنا أَنَّ الطَّلاقَ مُعْتَبَرٌ بالرِّجالِ ، فيَكونُ له رَجْعَتُهَا ما لم يُطَلِّقْهَا ثَلاثًا كالْحُرَّةِ [٥] .

فصل : ولا يُعْتَبَرُ فى الرَّجْعَةِ رِضَى الْمَرْأَةِ ؛ لِقَوْلِ اللهِ تعالى : ﴿ وَبُعُولَتُهُنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ فِى ذَلِكَ إِنْ أَرَادُوا إِصْلَاحًا ﴾ [٦] . فجَعَلَ الحَقَّ لهم . / وقال سبحانه : ﴿ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ ﴾ [٧] . فخاطَبَ الأَزْواجَ بِالْأَمْرِ ، ولم يَجْعَلْ لَهُنَّ اخْتِيَارًا . ولأَنَّ الرَّجْعَةَ إِمْسَاكٌ لِلْمَرْأَةِ بِحُكْمِ الزَّوْجِيَّةِ ، فلم يُعْتَبَرْ رِضاها فى ذلك ، كالتى فى صُلْبِ نِكَاحِهِ . وأَجْمَعَ أَهْلُ العِلْمِ على هذا .

٨/٤٩ ظ

(٢٣ – ٢٣) فى ا ، م : « لا يذوق » .

(١) فى م : « إن » .

(٢) سقط من : الأصل .

(٣) فى ا : « انقضاء » .

(٤) فى الأصل : « زوجته » .

(٥) تقدم فى صفحة ٥٣٣ ، ٥٣٤ .

(٦) سورة البقرة ٢٢٨ .

(٧) سورة البقرة ٢٣١ .

فصل : والرَّجْعِيَّةُ زَوْجَةٌ يَلْحَقُها طَلاقُهُ ، وظِهَارُه ، وإيلاؤُهُ ، ولِعَانُـهُ ، ويَـرِثُ أَحَدُهُما صَاحِبَه ، بالإجْمَاعِ . وإنْ خَالَعَها صَحَّ خُلْعُهُ . وقال الشَّافِعِيُّ ، فى أحَدِ قَوْلَيْهِ : لا يَصِحُّ ؛ لِأَنَّهُ يُرَادُ للتَّحْرِيمِ ، وهى مُحَرَّمَةٌ . ولَنا ، أَنَّهَا زَوْجَةٌ صَحَّ طَلَاقُها ، فصَحَّ خُلْعُها ، كما قَبْلَ الطَّلاقِ ، وليس مَقْصُودُ[8] الخُلْعِ التَّحْرِيمَ ، بل الخَلاصَ مِنْ مَضَرَّةِ الزَّوْجِ ونِكاحِه الذى هو سَبَبُها ، والنِّكاحُ بَاقٍ ، ولا نَأْمَنُ رَجْعَتَهُ ، وعلى أَنَّنا نَمْنَعُ كَوْنَها مُحَرَّمَةً .

فصل : وظاهِرُ كلامِ الخِرَقِىِّ ، أنَّ الرَّجْعِيَّةَ مُحَرَّمَةٌ ؛ لِقَوْلِهِ : « وَإِذَا لَمْ يَدْرِ أَوَاحِدَةً طَلَّقَ أَمْ ثَلَاثًا ؟ فهو مُتَيَقِّنٌ لِلتَّحْرِيمِ ، شَاكٌّ فى التَّحْلِيلِ » . وقد رُوِىَ عن أحمدَ ما يَدُلُّ على هذا . وهو مَذْهَبُ الشَّافِعِىِّ . وحُكِىَ ذلك عن عَطاءٍ ، ومَالِكٍ . وقال القاضى : ظاهِرُ المَذْهَبِ أَنَّهَا مُبَاحَةٌ . قال أحمدُ ، فِى رِوَايَةِ أَبِى طالبٍ : لا تَحْتَجِبُ عنه . وفى رِوَايَةِ أَبِى الحَارِثِ : تَتَشَرَّفُ له ما كانَتْ فِى العِدَّةِ . فظاهِرُ هذا أَنَّها مُبَاحَةٌ ، وله[9] أن يُسافِرَ بها ، ويَخْلُوَ بها ، ويطَأَها . وهذا مَذْهَبُ أبى حَنِيفَةَ ؛ لأَنَّها فى حُكْمِ الزَّوْجَاتِ ، فَأُبِيحَتْ له كما قَبْلَ الطَّلَاقِ . ووَجْهُ الأُولَى ، أَنَّها طَلْقَةٌ وَاقِعَةٌ ، فَأَثْبَتَتِ التَّحْرِيمَ ، كالتى بِعِوَضٍ . ولا خِلافَ فى أَنَّهُ لا حَدَّ عليه بالْوَطْءِ . ولا يَنْبَغِى أَنْ يَلْزَمَهُ مَهْرٌ ، سَوَاءٌ رَاجَعَ أو لم يُرَاجِعْ؛ لأَنَّهُ وَطِئَ زَوْجَتَهُ التى يَلْحَقُهَا طَلَاقُه ، فلم يكُنْ عليه مَهْرٌ، كسائِرِ الزَّوْجَاتِ . ويُفارِقُ ما لو وَطِئَ الزَّوْجُ بعدَ إسْلامِ أَحَدِهما فى العِدَّةِ ؛ حيثُ يَجِبُ المَهْرُ إذا لم يُسْلِمِ الآخَرُ فى العِدَّةِ ؛ لأَنَّهُ إذا لم يُسْلِمْ ، تَبَيَّنَّا أَنَّ الفُرْقَةَ وَقَعَتْ مِنْ حِينِ إسْلَامِ المُسْلِمِ الأَوَّلِ[10] منهما ، وهى فُرْقَةُ فَسْخٍ تَبِينُ به مِنْ نِكاحِهِ ، فأشْبَهَتِ الَّتى أَرْضَعَتْ مَنْ يَنْفَسِخُ نِكاحُها بِرَضاعِه ، وفِى مَسْأَلَتِنا لا تَبِينُ إلَّا بانْقِضاءِ العِدَّةِ ، فَافْتَرَقَا . وقال

---

(٨) فى ا ، ب : « بمقصود » .

(٩) سقطت الواو من : ب ، م .

(١٠) سقط من : الأصل ، ا .

أبو الخَطَّابِ : إذا أكْرَهَها[11] على الوَطْءِ ، وَجَبَ عليه المَهْرُ عندَ مَنْ حَرَّمَها . وهو المَنْصُوصُ عن الشَّافعيِّ ؛ لِأنَّهُ وَطْءٌ حَرَّمَهُ الطَّلاقُ ، فوَجَبَ بِه المَهْرُ ، كَوَطْءِ البائِنِ . والفَرْقُ ظاهِرٌ ؛ فإنَّ البائِنَ ليست زَوْجَةً له وهذه زَوْجَتُهُ ، وقِياسُ الزَّوْجَةِ على الأَجْنَبِيَّةِ فى الوَطْءِ وأَحْكَامِهِ / بَعِيدٌ .

٨/٥٠و

١٢٩١ – مسألة ؛ قَالَ : (وَلِلْعَبْدِ بَعْدَ الْواحِدَةِ ، مَا لِلْحُرِّ قَبْلَ الثَّلاثِ)

أَجْمَعَ العُلَمَاءُ على أنَّ لِلعَبْدِ رَجْعةَ امْرَأَتِهِ بَعْدَ الطَّلْقَةِ الوَاحِدَةِ ، إذا وُجِدَتْ شُرُوطُها . فَإِنْ طَلَّقَهَا ثَانِيَةً ، فلا رَجْعَةَ له ، سَوَاءٌ[1] كانتِ امْرَأَتُهُ حُرَّةً ، أو أَمَةً ؛ لِأَنَّ طَلاقَ العَبْدِ اثْنَتَانِ ، [2]وفى هَذَا[2] خِلَافٌ ذَكَرْنَاهُ فِيمَا مَضَى[3] .

١٢٩٢ – مسألة ؛ قال : (وَلَوْ كانَتْ حَامِلًا بِاثْنَيْنِ ، فَوَضَعَتْ أَحَدَهُمَا ، فَلَهُ مُرَاجَعَتُهَا ، مَا لَمْ تَضَعِ الثَّانِىَ)

هذا قَوْلُ عَامَّةِ العُلَمَاءِ ، إلَّا أنَّه حُكِيَ عن عِكْرِمَةَ ، أنَّ العِدَّةَ تَنْقَضِي بِوَضْعِ الأَوَّلِ . وما عليه سَائِرُ أَهْلِ العِلْمِ أَصَحُّ ؛ فإنَّ العِدَّةَ لا تَنْقَضِى إلَّا بِوَضْعِ الحَمْلِ كُلِّه ؛ لِقَوْلِ اللهِ تعالى : ﴿ وَأُولَـٰتُ الْأَحْمَالِ أَجَلُهُنَّ أَنْ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ ﴾[1] واسْمُ الحَمْلِ مُتَنَاوِلٌ لِكُلِّ ما فى البَطْنِ ، فتَبْقَى الْعِدَّةُ مُسْتَمِرَّةً إلى حِينِ وَضْعِ باقِى الحَمْلِ ، فتَبْقَى الرَّجْعَةُ بِبَقَائِها . ولو انْقَضَتِ الْعِدَّةُ بِوَضْعِ بَعْضِ الحَمْلِ ، لَحَلَّ لها التَّزْوِيجُ[2] وهى حامِلٌ مِنْ زَوْجٍ آخَرَ ، ولا قَائِلَ به . وأَظُنُّ أَنَّ قَتَادَةَ ناظَرَ عِكْرِمَةَ فى هذا فقال عِكْرِمَةُ : تَنْقَضِي

---

(١١) فى ا ، م : « أكرها » .

(١) فى ب : « سواها » .

(٢ – ٢) فى الأصل : « وهذا » . وفى م : « ولو هذا » .

(٣) تقدم فى صفحة ٥٣٣ ، ٥٣٤ .

(١) سورة الطلاق ٤ .

(٢) فى م : « التزوج » .

عِدَّتُهَا بِوَضْعِ أَحَدِ الوَلَدَيْنِ . فقالَ له قَتادَةُ : أَيَحِلُّ لَهَا بأَنْ تَتَزَوَّجَ ؟ . قال : لا . قَالَ : خُصِمَ[3] العَبْدُ . ولو خَرَجَ بعضُ الوَلَدِ ، فارْتَجَعَها قَبْلَ أَنْ تَضَعَ باقِيَهُ صَحَّ ؛ لِأَنَّها لم تَضَعْ جَمِيعَ حَمْلِها ، فصَارَتْ كمَنْ وَلَدَتْ أَحَدَ الوَلَدَيْنِ .

فصل : إذا انْقطَعَ حَيْضُ المَرْأَةِ فى المَرَّةِ الثَّالِثَةِ ، ولمَّا تَغْتَسِلْ ، فهلْ تَنْقَضِى عِدَّتُها بطُهْرِها ؟ فيه رِوَايَتانِ ، ذَكَرَهما ابنُ حامِدٍ ؛ إحْداهُما ، لا تَنْقَضِى عِدَّتُها حتى تَغْتَسِلَ ، وَلِزَوْجِها رَجْعَتُها فى ذلك . وهذا ظاهِرُ كَلامِ الخِرَقِىِّ ، فإنَّهُ قالَ فِى العِدَدِ[4] : فإذا اغْتَسَلَتْ مِن الحَيْضَةِ الثَّالِثَةِ ، أُبِيحَتْ للأَزْوَاجِ[5] . وهذا قَوْلُ كَثِيرٍ مِن أَصْحابِنَا ، ورُوِىَ ذلك عن عمرَ ، وعلىٍّ ، وابنِ مسعودٍ ، وسعيدِ بنِ المُسَيَّبِ ، والثَّوْرِىِّ ، وأبى عُبَيْدٍ . ورُوِىَ نَحْوُه عن أبى بكرٍ الصِّدِّيقِ ، وأبى موسى ، وعُبادَةَ ، وأبى الدَّرْداءِ . ورُوِىَ عن شَرِيكٍ : لَه الرَّجْعَةُ وإنْ فَرَّطَتْ فِى الغُسْلِ عِشْرِينَ سَنَةً . ووَجْهُ هذا قَوْلُ مَنْ سَمَّيْنَا من الصَّحَابَةِ ، ولم يُعرَفْ لهم مُخَالِفٌ فى عَصْرِهم ، فيكونُ إجْماعًا ، ولِأَنَّ أَكْثَرَ أَحْكامِ الحَيْضِ لا تَزُولُ إلَّا بالغُسْلِ ، وكذلك هذا . والرِّوَايَةُ الثَّانِيَةُ ، أَنَّ العِدَّةَ تَنْقَضِى بمُجَرَّدِ الطُّهْرِ قبلَ الغُسْلِ . وهو قَوْلُ طَاوُسٍ ، وسعيدِ بنِ جُبَيْرٍ ، والأَوْزاعِىِّ . وَاخْتارَهُ أبو الخَطَّابِ ؛ لِقَوْلِه تعالى : ﴿ وَٱلْمُطَلَّقَٰتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ ثَلَٰثَةَ قُرُوٓءٍ ﴾[6] . والقَرْءُ : / الحَيْضُ . وقد زَالَتْ ، فيَزُولُ التَّرَبُّصُ . وفيما رُوِىَ عن النَّبِىِّ ﷺ ، أَنَّهُ قال : « وَقُرْءُ الأَمَةِ حَيْضَتَانِ »[7] . وقال : « دَعِى الصَّلَاةَ أَيَّامَ أَقْرَائِكِ »[8] . يَعْنِى أَيَّامَ حَيْضِكِ . ولأَنَّ انْقِضاءَ العِدَّةِ تَتَعلَّقُ به بَيْنُونَتُها مِن الزَّوْجِ ، وحِلُّها لِغَيْرِه ، فلم يَتَعلَّقْ بِفِعْلٍ اخْتِيَارِىٍّ مِنْ جِهَةِ المَرْأَةِ بغيْرِ تَعْلِيقِ الزَّوْجِ ، كالطَّلاقِ وسائِرِ العِدَدِ ، ولأَنَّها لو تَرَكَتِ الغُسْلَ

٨/٥٠ظ

---

(٣) خصم : أى غُلِب .

(٤) فى م : « العدة » .

(٥) فى م : « بلا زواج » .

(٦) سورة البقرة ٢٢٨ .

(٧) تقدم تخريجه فى صفحة ٥٣٤ .

(٨) انظر ما تقدم من التخريج فى : ١ / ٢٧٧ ، ٣٩٢ ، ٣٩٣ ، ٣٩٦ ، ٣٩٧ .

اخْتِيَارًا أو لِجُنُونٍ أو نَحْوِه، لم تَحِلَّ؛ أَمَّا أَنْ يُقال بِقَوْلِ شَرِيكٍ ، أَنَّها تَبْقَى مُعْتَدَّةً ولو بَقِيَتْ عِشْرِينَ سَنَةً . وذلك خِلافُ قَوْلِ اللهِ : ﴿ ثَلَاثَةَ قُرُوءٍ ﴾ . فَإِنَّها[9] تَصِيرُ عِدَّتُها أَكْثَرَ مِنْ مِائَتَىْ قُرْءٍ . أو يُقَالُ : تَنْقَضِى العِدَّةُ قَبْلَ الغُسْلِ ، فيَكُونُ رُجُوعًا عن قَوْلِهم ويُحْمَلُ[10] قَوْلُ الصَّحَابَةِ فى قَوْلِهم : حَتَّى تَغْتَسِلَ . أَىْ : يَلْزَمُهَا الغُسْلُ .

فصل : إذا تَزَوَّجَت الرَّجْعِيَّةُ فى عِدَّتِها ، وحَمَلَت مِن الزَّوْجِ الثَّانِى ، [11]انْقَطَعَتْ عِدَّتُها مِن الأَوَّلِ بِوَطْءِ الثَّانِى[11] . وهل يَمْلِكُ الزَّوْجُ رَجْعَتَها فى مُدَّةِ[12] الحَمْلِ ؟ يَحْتَمِلُ وَجْهَيْنِ ؛ أَوَّلُهما[13] ، أَنَّهُ له رَجْعَتُهَا ؛ لِأَنَّهَا لم [14]تَقْضِ عِدَّتَه[14] ، فحُكْمُ نِكاحِهِ باقٍ ، يَلْحَقُهَا طَلاقُهُ وظِهَارُهُ ، وإِنَّمَا انْقَطَعَتْ[15] عِدَّتُهُ لِعَارِضٍ ، فهو كما لو وُطِئَتْ فى صُلْبِ نِكاحِه ، فإِنَّهَا تَحْرُمُ عليه وتَبْقَى سَائِرُ أَحْكَامِ الزَّوْجِيَّةِ ، ولأَنَّه[16] يَمْلِكُ ارْتِجَاعَها إذا عادَتْ إلى عِدَّتِه ، فَملكَه قبلَ ذلك ، كما لو ارْتَفَعَ حَيْضُهَا فى أَثْناءِ عِدَّتِها . والوَجْهُ الثَّانِى ، ليس له رَجْعَتُها ؛ لأَنَّهَا ليست فى عِدَّتِه ، فإذا وَضَعَتِ الحَمْلَ ، انْقَضَتْ عِدَّةُ الثَّانِى ، وبَنَتْ على ما مَضَى مِنْ عِدَّةِ الأَوَّلِ ، وله ارْتِجَاعُها حِينَئِذٍ ، وَجْهًا وَاحِدًا ، ولو كانَتْ فى نِفَاسِهَا ؛ لِأَنَّهَا بعدَ الوَضْعِ تَعُودُ إلى عِدَّةِ الأَوَّلِ ، وإِنْ لَمْ تَحْتَسِبْ به ، فكانَ له الرَّجْعَةُ فيه ، كما لو طَلَّق حائِضًا ، فإِنَّ له رَجْعَتَهَا فى حَيْضِها ، وإِنْ كانتْ لا تَعْتَدُّ بها . وإِنْ حَمَلَتْ حَمْلًا يُمْكِنُ أَنْ يكونَ منهما ، فعلى الوَجْهِ الذى لا يَمْلِكُ رَجْعَتَها فى حَمْلِهَا مِن الثَّانِى ، إِذا رَاجَعَها فى هذا الحَمْلِ ، ثم بَانَ

---

(9) فى الأصل ، ا : « فإنه » .

(10) فى الأصل : « ويحتمل » .

(11-11) سقط من : ب .

(12) فى م : « عدة » .

(13) فى النسخ : « أولاهما » .

(14-14) فى م : « تنقضى عدتها » .

(15) فى ب : « انقضت » .

(16) فى م : « ولأنها » .

أَنَّه مِن الثَّانِى ، [١٧] لم يَصِحَّ [١٧] ؛ وإنْ بَانَ مِن الأوَّلِ ، احْتَمَلَ أنْ يَصِحَّ ؛ لأنَّه رَاجَعَها فى عِدَّتِها منه ، واحْتَمَلَ أنْ لَا يَصِحَّ ؛ لأنَّه رَاجَعَها مع الشَّكِّ فى إبَاحَةِ الرَّجْعَةِ . والأَوَّلُ أَصَحُّ ؛ فَإنَّ الرَّجْعَةَ ليست بِعِبَادَةٍ يُبْطِلُها الشَّكُّ فى صِحّتِها ، وعلى أنَّ العِبادَةَ تَصِحُّ مَعَ الشَّكِّ فيما إذا نَسِىَ صَلَاةً مِنْ يَوْمٍ لا يَعْلَمُ عَيْنَهَا ، فصلَّى خَمْسَ صَلَوَاتٍ ، فإنَّ كلَّ صَلَاةٍ [١٨] يَشُكُّ فِى [١٨] أنَّهَا هَلْ هى المَنْسِيَّةُ أو غَيْرُها ؟ ولو شَكَّ فى الحَدَثِ ، فَتَطَهَّرَ / يَنْوِى رَفْعَ الحَدَثِ ، صَحَّتْ [١٩] طَهَارَتُه ، وارْتَفَعَ حَدَثُهُ ، فهُنا [٢٠] أَوْلَى . فإنْ رَاجَعَها بعدَ الوَضْعِ ، وَبَانَ أنَّ الحَمْلَ مِن الثَّانِى ، صَحَّتْ رَجْعَتُه ، وإنْ بانَ مِن الأَوَّلِ ، لم تَصِحَّ الرَّجْعَةُ ؛ لأنَّ العِدَّةَ انْقَضَتْ بِوَضْعِه .

٥١/٨و

١٢٩٣ – مسألة ؛ قال : (**والْمُرَاجَعَةُ أَنْ يَقُولَ لِرَجُلَيْنِ مِنَ الْمُسْلِمِينَ : اشْهَدَا أَنِّى قَدْ رَاجَعْتُ امْرَأَتِى . بِلَا وَلِىٍّ يَحْضُرُهُ ، وَلَا صَداقٍ يَزِيدُهُ . وَقَدْ رُوِىَ عَنْ أَبِى عَبْدِ اللهِ ، رَحِمَهُ اللهُ ، رِوَايَةٌ أُخرَى ، أَنَّهُ تَجُوزُ الرَّجْعَةُ بِلَا شَهَادَةٍ**)

وَجُمْلَتُه أنَّ الرَّجْعَةَ لَا تَفْتَقِرُ إلى وَلِىٍّ ، ولا صَدَاقٍ ، ولا رِضَى المَرْأَةِ ، ولا عِلْمِها . بإجْماعِ أهْلِ العِلْمِ ؛ لما ذَكَرنا مِنْ أنَّ الرَّجْعِيَّةَ فى أحْكامِ الزَّوْجَاتِ ، والرَّجْعَةُ [١] إمْساكٌ لهَا ، واسْتِبْقاءٌ لِنِكَاحِها ، ولهذا سَمَّى اللهُ سبحانَه وتعالى الرَّجْعَةَ إمْسَاكًا ، وَتَرْكَهَا فِرَاقًا وسَرَاحًا ، فقال : ﴿ فَإِذَا بَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ فَارِقُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ ﴾[٢] . وفى آيَةٍ أُخْرَى : ﴿ فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ ﴾[٣] .

(١٧ – ١٧) سقط من : الأصل .

(١٨ – ١٨) سقط من : ب .

(١٩) فى م : « تحت » خطأ .

(٢٠) فى ا ، ب : « فههنا » .

(١) فى ب : « والرجعية » .

(٢) سورة الطلاق ٢ .

(٣) سورة البقرة ٢٢٩ .

وإنَّما تَشعَّثَ النِّكاحُ بالطَّلْقةِ ، وانْعقَدَ بها سَبَبُ زَوالِه ، فالرَّجْعةُ تُزيلُ شعَثَهُ ، وتَقْطَعُ مُضِيَّه ، إلى البَيْنونَةِ ، فلم يَحْتجْ لذلك[4] إلى ما يَحْتاجُ إليه ابْتِداءُ النِّكاحِ . فأمَّا الشَّهادَةُ ففيها[5] رِوايَتانِ ؛ إحْداهما ، تَجِبُ . وهذا أَحَدُ قَوْلَي الشَّافِعِيِّ ؛ لأَنَّ اللهَ تعالى قال : ﴿ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ فَارِقُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ وَأَشْهِدُوا ذَوَيْ عَدْلٍ مِّنكُمْ ﴾ . وظَاهِرُ الأمْرِ الوُجوبُ ، ولأنَّهُ اسْتِباحَةُ بُضْعٍ مَقْصُودٍ ، فوَجَبَتِ الشَّهادَةُ فيه ، كالنِّكاحِ ، وعَكْسُهُ البَيْعُ . والرِّوايَةُ الثَّانِيَةُ ، لا تَجِبُ الشَّهادَةُ . وهى اخْتِيارُ أبى بكرٍ ، وقَوْلُ مَالِكٍ ، وأبى حَنِيفَةَ ؛ لأنَّها لا تَفْتَقِرُ إلى قَبُولٍ ، فلم تَفْتَقِرْ إلَى شَهادَةٍ ، كسَائِرِ حُقُوقِ الزَّوْجِ ، ولأنَّ ما لا يُشْتَرَطُ فِيهِ الوَلِيُّ لَا يُشْتَرَطُ فِيهِ الإشْهادُ ، كالْبَيْعِ . وعِنْدَ ذلك يُحْمَلُ الأَمْرُ على الاسْتِحْبابِ . ولا خِلافَ بَيْنَ أَهْلِ العِلْمِ ، فى أنَّ السُّنَّةَ الإشْهادُ . فإنْ قُلْنَا : هى شَرْطٌ . فإنَّهُ يُعْتَبَرُ وُجودُها حالَ الرَّجْعَةِ ، فإن ارْتَجَعَ بغيرِ شَهادَةٍ ، لَمْ يَصِحَّ ؛ لأنَّ المُعْتَبَرَ وُجودُها فى الرَّجْعَةِ ، دُونَ الإقْرارِ بِها ، إلَّا أنْ يُقْصَدَ بذلك الإقْرارِ الارْتِجاعُ ، فيَصِحَّ .

فصل : وظاهِرُ كلامِ الخِرَقِيِّ ، أنَّ الرَّجْعَةَ لا تَحْصُلُ إلَّا بالقَوْلِ ؛ لقولِه[6] : المُراجَعَةُ أنْ يَقولَ . وهذا مَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ ؛ لأنَّها اسْتِباحَةُ بُضْعٍ مَقْصُودٍ ، أُمِرَ بالإشْهادِ فِيهِ ، فلم يَحْصُلْ مِن القادِرِ بغيرِ قَوْلٍ ، كالنِّكاحِ ، ولأنَّ غيرَ القَوْلِ فِعْلٌ / مِنْ قادِرٍ على القَوْلِ ، فلم تَحْصُلْ بِهِ الرَّجْعَةُ ، كالإشارَةِ مِنَ النَّاطِقِ[7] ، وهذه إحْدَى الرِّوايَتَيْنِ عن أحمدَ . والرِّوايَةُ الثَّانِيَةُ ، تَحْصُلُ الرَّجْعَةُ بالوَطْءِ ، سَواءٌ نَوَى به الرَّجْعَةَ ، أو لم يَنْوِ . اخْتارَها ابنُ حامِدٍ ، والقاضى . وهو قَوْلُ سعيدِ بنِ المُسَيَّبِ ، والحسنِ ، وابنِ سِيرِينَ ، وعَطاءٍ ، وطَاوُسٍ ، والزُّهْرِيِّ ، والثَّوْرِيِّ ، والأَوْزاعِيِّ ، وابْنِ أَبِى لَيْلَى ،

٨/٥١ظ

---

(٤) فى ا : « ذلك » .

(٥) سقط من : م .

(٦) فى م : « بقوله » .

(٧) فى م : « المناطق » .

وأَصْحابِ الرَّأْيِ . قال بَعْضُهم : ويُشْهِدُ . وقال مالكٌ ، وإسْحاقُ : تكونُ رَجْعَةً إذا أرادَ به الرَّجْعَةَ ؛ لأنَّ هذه مُدَّةٌ تُفْضِى إلى بَيْنُونَةٍ ، فَتَرْتَفِعُ بِالوَطْءِ ، كمُدَّةِ الإيلاءِ ، ولأنَّ[8] الطَّلاقَ سَبَبٌ لِزَوالِ المِلْكِ ومعه خِيارٌ ، فتصرُّفُ المالِكِ بالوَطْءِ يَمْنَعُ عَمَلَه ، كَوَطْءِ البائِعِ الأَمَةَ المَبِيعَةَ فى مُدَّةِ الخِيارِ . وذَكَرَ أبو الخَطَّابِ أنَّنا إذا قُلْنا : الوَطْءُ مُباحٌ . حَصَلَتِ الرَّجْعَةُ به ، كما يَنْقَطِعُ به التَّوْكِيلُ فى طَلَاقِها . وإنْ قُلْنا : هو مُحَرَّمٌ . لَمْ تَحْصُلِ الرَّجْعَةُ به ؛ لأنَّهُ فِعْلٌ مُحَرَّمٌ ، فلا يَكونُ سَبَبًا لِلْحِلِّ ، كَوَطْءِ المُحَلِّلِ .

فصل : فأمَّا إنْ قَبَّلَها ، أو لَمَسَها لِشَهْوَةٍ ، أو كَشَفَ فَرْجَها ونَظَرَ إليه ، فالمَنْصُوصُ عن أحمدَ أنَّهُ ليس بِرَجْعَةٍ . وقال ابنُ حامِدٍ : فيه وَجْهانِ ؛ أحَدُهما ، هو رَجْعَةٌ . وهذا قَوْلُ الثَّوْرِيِّ ، وأصْحابِ الرَّأْيِ ؛ لِأَنَّهُ اسْتِمْتاعٌ يُسْتَباحُ بالزَّوْجِيَّةِ[9] ، فَحَصَلَت الرَّجْعَةُ به كالوَطْءِ . وَالثَّانِى ، أنَّه[10] ليس بِرَجْعَةٍ ؛ لأنَّهُ أَمْرٌ لا يَتَعلَّقُ به إيجابُ عِدَّةٍ ولا مَهْرٍ ، فَلا تَحْصُلُ به الرَّجْعَةُ ، كالنَّظَرِ . فأمَّا الخَلْوَةُ بها ، فليس بِرَجْعَةٍ ؛ لأنَّهُ ليس بِاسْتِمْتاعٍ . وهذا اخْتِيارُ أبى الخَطَّابِ . وحُكِىَ عَنْ غَيْرِهِ مِنْ أصْحابِنا ، أنَّ الرَّجْعَةَ تَحْصُلُ به ؛ لأنَّهُ مَعْنًى يَحْرُمُ مِن الأَجْنَبِيَّةِ ، ويَحِلُّ مِن الزَّوْجَةِ ، فحَصَلَتْ به الرَّجْعَةُ ، كالاسْتِمْتاعِ . والصَّحِيحُ أنَّهُ لا تَحْصُلُ الرَّجْعَةُ بها ؛ لأنَّها لا تُبْطِلُ خيارَ[11] المُشْتَرِى لِلْأَمَةِ ، فلم تَكُنْ رَجْعَةً ، كاللَّمْسِ لِغَيْرِ[12] شَهْوَةٍ ، فأمَّا اللَّمْسُ لِغَيْرِ شَهْوَةٍ ، والنَّظَرُ لذلك ونَحْوُهُ ، فليس بِرَجْعَةٍ ، لأنَّهُ يجوزُ فى غيرِ الزَّوْجَةِ عِنْدَ الحَاجَةِ ، فَأَشْبَهَ الحَدِيثَ معها .

فصل : فأمَّا القَوْلُ فتَحْصُلُ به الرَّجْعَةُ . بِغَيْرِ خِلافٍ . وأَلفاظُهُ : رَاجَعْتُكِ ،

---

(8) فى ب : « وليس » .
(9) فى م : « بالزوجة » .
(10) سقط من : الأصل ، ا ، ب .
(11) فى ب ، م : « اختيار » .
(12) فى ا : « بغير » .

وارْتَجَعْتُكِ ، ورَدَدْتُكِ ، وأَمْسَكْتُكِ . لأَنَّ هذه الألفاظَ وَرَدَ بها الكتابُ والسُّنَّةُ ، فالرَّدُّ والإِمْساكُ وَرَدَ بهما الكِتابُ بقولِهِ سبحانه : ﴿ وَبُعُولَتُهُنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ فِي ذَلِكَ ﴾[13] . وقال : ﴿ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ ﴾ يَعْنِي : الرَّجْعَةَ . والرَّجْعَةُ وَرَدَتْ بها السُّنَّةُ بِقَوْلِ النَّبِيِّ ﷺ : « مُرْهُ[14] فَلْيُراجِعْهَا »[15] . / وقد اشْتَهَرَ هذا الاسْمُ فيها[16] بَيْنَ أَهْلِ العُرْفِ ، كاشْتِهَارِ اسْمِ الطَّلاقِ فيه ، فإِنَّهم يُسَمُّونَها رَجْعَةً ، والْمَرْأَةَ رَجْعِيَّةً . ويَتَخَرَّجُ أَنْ يكونَ لَفْظُهَا هو الصَّرِيحُ وَحْدَه ، لاشْتِهارِهِ دُونَ غَيْرِهِ ، كقَوْلِنا فى صَرِيحِ الطَّلاقِ ، والاحْتِيَاطُ أَنْ يقولَ : رَاجَعْتُ امْرَأَتِي إلى نِكَاحِي أو زَوْجَتِي . أو رَاجَعْتُها[17] لما وَقَعَ عليها مِنْ طَلاقِي . فإِنْ قال : نَكَحْتُهَا . أو : تَزَوَّجْتُها . فهذا ليس بِصَرِيحٍ فيها ؛ لأَنَّ الرَّجْعَةَ ليستْ بِنِكاحٍ . وهل تَحْصُلُ به الرَّجْعَةُ ؟ فيه وَجْهانِ ؛ أَحَدُهما ، لا تَحْصُلُ به الرَّجْعَةُ[18] ؛ لأَنَّ هذا كِنايَةٌ ، والرَّجْعَةُ اسْتِبَاحَةُ بُضْعٍ مَقْصُودٍ ، ولا تَحْصُلُ بالكِنايَةِ ، كالنِّكَاحِ . والثَّانِي ، تَحْصُلُ به الرَّجْعَةُ . أَوْمأَ إليه أحمدُ . واخْتَارَه ابنُ حامِدٍ ؛ لأَنَّهُ تُباحُ به الأَجْنَبِيَّةُ ، فالرَّجْعِيَّةُ أَوْلَى . وعلى هذا ، يَحْتاجُ أَنْ يَنْوِيَ به الرَّجْعَةَ ؛ لأَنَّ ما كان كِنَايَةً تُعْتَبَرُ له النِّيَّةُ ، ككِناياتِ الطَّلاقِ .

٥٢/٨ و

فصل : فإِنْ قال : رَاجَعْتُكِ لِلْمَحَبَّةِ . أو قالَ : لِلْإِهانَةِ . وقالَ[19] : أَرَدْتُ أَنَّنِي رَاجَعْتُكِ لِمَحَبَّتِي إِيَّاكِ ، أو إِهانَةً لكِ . صَحَّتِ الرَّجْعَةُ ؛ لأَنَّهُ أَتَى بالرَّجْعَةِ ، وبَيَّن

---

(١٣) سورة البقرة ٢٢٨ .

(١٤) سقط من : الأصل .

(١٥) تقدم تخريجه فى : ١ / ٤٤٤ .

(١٦) فى الأصل : « فيما » .

(١٧) فى الأصل : « وراجعتها » .

(١٨) سقط من : الأصل ، ب .

(١٩) فى ب ، م : « أو قال » .

سَبَبَها . وإنْ قال : أَرَدْتُ أنَّنِى كنتُ أهَنْتُكِ ، أو أُحِبُّكِ ، وقَدْ رَدَدْتُكِ بِفِرَاقِى إلى ذلك . فليس بِرَجْعَةٍ . وإنْ أَطْلَقَ ولم يَنْوِ شَيْئًا ، صَحَّتْ الرَّجْعَةُ . ذَكَرَهُ القاضى ؛ لأنَّه أتى بِصَرِيحِ الرَّجْعَةِ ، وضَمَّ إليه ما يَحْتَمِلُ أنْ يكونَ بَيانًا لِسَبَبِها ، ويَحْتَمِلُ غَيْرَهُ ، فلا يَزُولُ[20] اللَّفْظُ عن مُقْتَضاهُ بالشَّكِّ . وهذا مَذْهَبُ الشَّافِعِىِّ .

فصل : ولَا يَصِحُّ تَعْلِيقُ الرَّجْعَةِ على شَرْطٍ ؛ لأنَّهُ اسْتِباحَةُ فَرْجٍ مَقْصُودٍ ، فأشْبَهَ النِّكاحَ ، ولو قال : راجَعْتُكِ[21] إنْ شِئْتِ . لم يَصِحَّ كذلك . ولو قال : كُلَّما طَلَّقْتُكِ فقد راجَعْتُكِ . لم يَصِحَّ كذلك . ولأنَّهُ راجَعَها قَبْلَ أنْ يَمْلِكَ الرَّجْعَةَ ، فأشْبَهَ الطَّلاقَ قَبْلَ النِّكاحِ . وإنْ قال : إنْ قَدِمَ أبوكِ ، فقد رَاجَعْتُكِ . لم يَصِحَّ ؛ لأنَّهُ تَعْلِيقٌ على شَرْطٍ .

فصل : فإنْ رَاجَعَها فى الرِّدَّةِ مِنْ أحَدِهِما ، فذَكَرَ أبو الخَطَّابِ أنَّهُ لا يَصِحُّ . وهو صَحِيحُ مَذْهَبِ الشَّافِعِىِّ ؛ لأنَّهُ اسْتِبَاحَةُ بُضْعٍ مَقْصُودٍ ، فلم يَصِحَّ مع الرِّدَّةِ ، كالنِّكاحِ ، ولأنَّ الرَّجْعَةَ تَقْرِيرُ النِّكاحِ[22] ، والرِّدَّةَ تُنافِى ذلك ، فلم يَصِحَّ اجْتِماعُهما . وقال القاضى : إنْ قُلْنا : تُتَعَجَّلُ الفُرْقَةُ بالرِّدَّةِ . لم تَصِحَّ الرَّجْعَةُ ؛ لأنَّها قد بانَتْ بها . وإنْ قُلْنا : لا تُتَعَجَّلُ الفُرْقَةُ . فالرَّجْعَةُ مَوْقُوفَةٌ ، إنْ أَسْلَمَ المُرْتَدُّ منهما فى العِدَّةِ صَحَّتْ الرَّجْعَةُ ؛ لِأنَّنا تَبَيَّنَّا أنَّه ارْتَجَعَها فى نِكَاحِه ، ولِأنَّهُ نَوْعُ إمْسَاكٍ / ، فلم تَمْنَعْ منه الرِّدَّةُ ، كما لو لم يُطَلِّقْ ، وإنْ لم يُسْلِمْ فى العِدَّةِ تَبَيَّنَّا أنَّ الفُرْقَةَ وَقَعَتْ قَبْلَ الرَّجْعَةِ . وهذا قَوْلُ المُزَنِىِّ . واخْتِيارُ ابنِ[23] حامِدٍ . وهكذا يَنْبَغِى أنْ يكونَ فيما إذا رَاجَعَها بَعْدَ إسْلامِ أحَدِهما .

٨/٥٢ظ

(٢٠) فى ب ، م زيادة : « عن » .

(٢١) فى م : « رجعتك » .

(٢٢) فى ا ، م : « للنكاح » .

(٢٣) فى ا ، ب ، م : « أبى » .

١٢٩٤ ـ مسألة ؛ قال : (**وَإِذَا قَالَ : قَدِ ارْتَجَعْتُكِ . فَقَالَتْ : قَدِ انْقَضَتْ عِدَّتِي قَبْلَ رَجْعَتِكَ . فَالقَوْلُ قَوْلُهَا مَا[1] ادَّعَتْ مِنْ ذَلِكَ مُمْكِنًا**)

وَجُمْلَةُ ذلك أَنَّ المَرْأَةَ إذا ادَّعَتِ انْقِضَاءَ عِدَّتِها ، فى مُدَّةٍ يُمْكِنُ انْقِضَاؤُها فيها ، قُبِلَ قَوْلُها ؛ لِقَوْلِ اللهِ تعالى : ﴿ وَلَا يَحِلُّ لَهُنَّ أَنْ يَكْتُمْنَ مَا خَلَقَ اللهُ فِي أَرْحَامِهِنَّ ﴾[2] . قِيلَ فى التَّفْسِيرِ : هو الحَيْضُ والحَمْلُ . فلولا أَنَّ قَوْلَهُنَّ مَقْبُولٌ ، لم يُحَرَّجْنَ بِكِتْمانِهِ ، ولأنَّه أَمْرٌ تَخْتَصُّ بمَعْرِفَتِهِ ، فكان القَوْلُ قَوْلَهَا فيه[3] ، كالنِّيَّةِ مِنَ الإِنْسانِ فيما تُعْتَبَرُ فيه النِّيَّةُ ، أو أَمْرٍ لا يُعْرَفُ إِلَّا مِنْ جِهَتِها ، فقُبِلَ قَوْلُها فيه ، كما يَجِبُ على التَّابِعِيِّ قَبُولُ خَبَرِ الصَّحَابِيِّ عن رسولِ اللهِ ﷺ . فأَمَّا ما تَنْقَضِي به العِدَّةُ ، فلا يَخْلُو مِنْ ثلاثةِ أَقْسامٍ ؛ القِسْمُ الأَوَّلُ ، أَنْ تَدَّعِيَ انْقِضَاءَ عِدَّتِهَا بالقُرُوءِ ، وأَقَلُّ ذلك يَنْبَنِي على الخِلافِ فى أَقَلِّ الطُّهْرِ بَيْنَ الحَيْضَتَيْنِ ، وعلى الخِلافِ فى القُرُوءِ ، هلْ هى الحَيْضُ أو الأَطْهارُ ؟ فإِنْ قُلْنا : هى الحِيَضُ ، وأَقَلُّ الطُّهْرِ ثَلَاثَةَ عَشَرَ يَوْمًا ، فأَقَلُّ ما تَنْقَضِي به العِدَّةُ تِسْعَةٌ وعِشْرُونَ يَوْمًا وَلحظةٌ[4] ، وذلك أَنْ يُطَلِّقَهَا مع آخِرِ الطُّهْرِ ، ثم تَحِيضَ بَعْدَه يَوْمًا ولَيْلَةً ، ثم تَطْهُرَ [5]ثَلَاثَةَ عَشَرَ يَوْمًا ، ثم تَحِيضَ يَوْمًا وَلَيْلَةً ، ثم تَطْهُرَ ثَلَاثَةَ عَشَرَ يَوْمًا ، ثم تَحِيضَ يَوْمًا ولَيْلَةً ، ثم تَطْهُرَ[5] لَحْظَةً ، لِيُعْرَفَ بِها انْقِطاعُ الحَيْضِ ، وإنْ لم تَكُنْ هذه اللَّحْظَةُ مِنْ عِدَّتِها فلابُدَّ منها ، لمعْرِفَةِ انْقِطَاعِ حَيْضِها ، ولو صَادَفَتْها[6] رَجْعَتُهُ لم تَصِحَّ . ومَن اعْتَبَرَ الغُسْلَ فِي انْقِضاءِ[7] العِدَّةِ ، فلا بُدَّ مِنْ وَقْتٍ يُمْكِنُ الغُسْلُ فيه بعدَ انْقِطاعِ

---

(١) فى الأصل : « إذا » .

(٢) سورة البقرة ٢٢٨ .

(٣) سقط من : ب ، م .

(٤) سقط من : الأصل .

(٥ ـ ٥) سقط من : الأصل . نقل نظر .

(٦) فى ب : « صادفها » .

(٧) فى م : « قضاء » .

الحَيْضِ . وَإِنْ قُلنَا : القُرْءُ[٨] : الحَيْضُ ، وَالطُّهْرُ خَمْسَةَ عَشَرَ يَوْمًا . فأَقَلُّ ما تَنْقضِى به العِدَّةُ ثَلاثَةٌ وثلاثون يَوْمًا ولَحْظَةٌ تَزِيدُ أَرْبَعَةَ أَيَّامٍ فى الطُّهْرَيْنِ[٨] . وإنْ قُلْنا : القُرُوءُ الأَطْهارُ . وأَقَلُّ الطُّهْرِ ثَلاثَةَ عَشَرَ يَوْمًا ، فإنَّ عِدَّتَها تَنْقَضِى بثَمانِيَةٍ وعشرِينَ يَوْمًا ولَحْظَتَيْنِ ، وهو أَنْ يُطَلِّقَهَا فى آخِرِ لَحْظَةٍ مِنْ طُهْرِها ، فتَحْتَسِبُ بها[٩] قُرْءًا ، ثُمَّ تَحْتَسِبُ قُرْءَيْنِ[١٠] آخَرَيْنِ سِتَّةً وَعِشْرِينَ يَوْمًا ، وبينهما حَيْضَتانِ[١١] يَوْمَيْنِ ، فإذا طَعَنَتْ فى الحَيْضَةِ الثَّالِثَةِ لَحْظَةً ، انْقَضَتْ عِدَّتُهَا . وإن[١٢] قُلْنا : الطُّهْرُ خَمْسَةَ عَشَرَ يَوْمًا . زِدْنَا على هذا أَرْبَعَةَ أَيَّامٍ فى الطُّهْرَيْنِ ، فيكونُ اثْنَيْنِ وَثَلاثِين يَوْمًا ولَحْظَتَيْنِ . وهذا قَوْلُ الشَّافِعِىِّ . فإنْ كانتْ أَمَةً ، انْقَضَتْ عِدَّتُها بِخَمْسَةَ عَشَرَ يَوْمًا ولَحْظَةٍ على الْوَجْهِ الأَوَّلِ ، وبِتِسْعَةَ عَشَرَ يَوْمًا ولَحْظَةٍ على الوَجْهِ الثَّانِى ، وبِأَرْبَعَةَ عَشَرَ يَوْمًا ولَحْظَتَيْنِ على الوَجْهِ الثَّالِثِ ، وبسِتَّةَ[١٣] عَشَرَ يَوْمًا ولَحْظَتَيْنِ على الوَجْهِ الرَّابِعِ . فمتى ادَّعَتِ انْقِضاءَ عِدَّتِها بالقُرُوءِ فى / أَقَلَّ مِنْ هذا ، لم يُقْبَلْ قَوْلُها عِنْدَ أَحَدٍ فيما أَعْلَمُ ؛ لأَنَّهُ لا يَحْتَمِلُ صِدْقَهَا . وإن ادَّعَتِ انْقِضاءَ عِدَّتِها فى أَقَلَّ مِنْ شَهْرٍ ، لم يُقْبَلْ قَوْلُهَا إلَّا بِبَيِّنَةٍ ؛ لأَنَّ شُرَيْحًا قال : إذا ادَّعَتْ أَنَّها حاضَتْ ثَلاثَ حِيَضٍ فى شَهْرٍ ، وجاءَتْ بِبَيِّنَةٍ مِن النِّساءِ العُدُولِ مِنْ بِطانَةِ أَهْلِهَا ، مِمَّنْ يُرْضَى صِدْقُه وعَدْلُهُ ، أَنَّها رَأَتْ ما يُحَرِّمُ عليها الصَّلَاةَ مِنَ الطَّمْثِ ، وتَغْتَسِلُ عِنْدَ كُلِّ قُرْءٍ وتُصَلِّى ، فَقَدِ انْقَضَتْ عِدَّتُها ، وإلَّا فهى كَاذِبَةٌ . فقالَ له علىُّ بنُ أبى طالِبٍ ، رَضِىَ اللهُ عنه : قَالُون . ومَعْناهُ بالرُّومِيَّةِ : أَصَبْتَ أَوْ أَحْسَنْتَ[١٤] . فأَخَذَ أَحْمَدُ بِقَوْلِ علىٍّ فى الشَّهْرِ . فإنِ ادَّعَتْ ذلك فى أَكْثَرَ مِنْ شَهْرٍ ،

٨/٥٣و

(٨-٨) سقط من : الأصل .

(٩) فى ا ، ب : « عنها » .

(١٠) فى ا ، ب ، م : « طهرين » .

(١١) فى م : « حيضتين » .

(١٢) سقط من : م .

(١٣) فى ا ، ب ، م : « وستة » .

(١٤) أخرجه الدارمى ، فى : باب فى أقل الطهر ، من كتاب الصلاة والطهارة . سنن الدارمى ١ / ٢١٢ ، ٢١٣ . والبيهقى ، فى : باب تصديق المرأة فيما يمكن فيه انقضاء عدتها ، من كتاب العدد . السنن الكبرى ٧ / ٤١٨ ،=

صَدَّقَها، على حَدِيثِ : « إِنَّ المَرْأَةَ اؤْتُمِنَتْ عَلَى فَرْجِهَا »[١٥] . ولأنَّ حَيْضَهَا فى الشَّهْرِ ثلاثُ حِيَضٍ يَنْدُرُ جِدًّا ، فَرُجِّحَ بِبَيِّنَةٍ ، ولا يَنْدُرُ فيما زَادَ على الشَّهْرِ كنُدْرَتِهِ فيه ، فقُبِلَ قَوْلُها مِنْ غَيْرِ بَيِّنَةٍ . وقال الشَّافِعِىُّ : لَا يُقْبَلُ قَوْلُها فى أَقَلَّ مِنَ اثْنَيْنِ وثلاثين يَوْمًا ولَحْظَتَيْنِ ، ولا يُقْبَلُ فى أَقَلَّ مِنْ ذلك بحالٍ ؛ لأنَّهُ لا يُتَصَوَّرُ عِدَّةٌ[١٦] أَقَلُّ مِنْ ذلك . وقال النُّعْمانُ : لا تُصَدَّقُ فى أَقَلَّ مِنْ سِتِّينَ يَوْمًا . وقال صَاحِباهُ : لا تُصَدَّقُ فى أَقَلَّ مِنْ تِسْعَةٍ وثلاثين يَوْمًا ؛ لأَنَّ أَقَلَّ الحَيْضِ عِنْدَهم ثلاثةُ أيَّامٍ ، فثَلاثُ حِيَضٍ تِسْعَةُ أيَّامٍ[١٧] ، وطُهْرانِ ثَلاثُونَ يَوْمًا . والخِلافُ فى هذا يَنْبَنِى على الخِلافِ فى أَقَلِّ الحَيْضِ ، وأَقَلِّ الطُّهْرِ ، وفى القُرُوءِ ما هِىَ ، وقد سَبَقَ . ومِمَّا يَدُلُّ عليه فى الجُمْلَةِ قَبُولُ علىٍّ وشُرَيْحٍ بَيِّنَتَهَا على انْقِضَاءِ عِدَّتِها فى شَهْرٍ . ولولا تَصَوُّرُهُ لَمَا قُبِلَتْ عليه بَيِّنَةٌ ، ولا سُمِعَتْ فيه دَعْوَى ، ولا يُتَصَوَّرُ إِلَّا بما قلْناهُ . فأمَّا إنِ ادَّعَتِ انْقِضَاءَ العِدَّةِ فى أَقَلَّ مِنْ ذلك ، لم تُسْمَعْ دَعْواها ، ولا يُصْغَى إلى بَيِّنَتِهَا ؛ لأَنَّنَا نَعْلَمُ كَذِبَها . فإنْ بَقِيَتْ على دَعْوَاهَا حتى أَتَى عليها ما يُمْكِنُ صِدْقُها فيه[١٨] نَظَرْنا ؛ فإنْ بَقِيَتْ على دَعْواها المَرْدُودَةِ ، لم يُسْمَعْ قَوْلُها ؛ لأنَّها تَدَّعِى[١٩] مُحالًا ، وإنِ ادَّعَتْ أنَّها انْقَضَتْ عِدَّتُها فى هذه المُدَّةِ كُلِّها ، أو فيما يُمْكِنُ منها ، قُبِلَ قَوْلُهَا ؛ لأنَّهُ أَمْكَنَ صِدْقُها. ولا فَرْقَ فى ذلك بين الفاسِقَةِ والمَرْضِيَّةِ، والمُسْلِمَةِ وَالكَافِرَةِ ؛ لأنَّ ما يُقْبَلُ فيه قَوْلُ الإِنْسانِ على نَفْسِه ، لا يَخْتَلِفُ

= ٤١٩ . وسعيد بن منصور ، فى : باب المرأة تطلق تطليقة أو تطليقتين ... ، من كتاب الطلاق . السنن ١ / ٣٠٩ ، ٣١٠ . وتقدم مختصرا فى : ١ / ٣٩١ .

(١٥) أخرجه البيهقى ، فى : باب تصديق المرأة فيما يمكن فيه انقضاء عدتها ، من كتاب العدد . السنن الكبرى ٧ / ٤١٨ . وسعيد بن منصور ، فى : باب المرأة تطلق تطليقة أو تطليقتين ... ، من كتاب الطلاق . السنن ١ / ٣١٠ . وابن أبى شيبة ، فى : باب من قال : اؤتمنت المرأة على فرجها ، من كتاب الطلاق . المصنف ٥ / ٢٨٢ . وهو موقوف على أبى بن كعب وعبيد بن عمير .

(١٦) فى ا ، ب ، م : « عنده » .

(١٧) سقط من : ب .

(١٨) سقط من : الأصل .

(١٩) فى ا : « ادعت » .

باخْتِلافِ حَالِهِ ، كإِخْبارِهِ عن بَيِّنَةٍ فِيما تُعْتَبَرُ فِيهِ بَيِّنَةٌ . القِسْمُ الثَّانِى ، أَنْ تَدَّعِىَ انْقِضاءَ عِدَّتِها بِوَضْعِ الحَمْلِ ، فلا يَخْلُو ؛ إِمَّا أَنْ تَدَّعِىَ وَضْعَ [٢٠]الولدِ لِتَمامٍ[٢٠] ، أو أَنَّها أَسْقَطَتْهُ قبلَ كَمالِهِ ، فإِنِ ادْعَتْ وَضْعَهُ لِتَمَامٍ ، فلا يُقْبَلُ قَوْلُهَا فى أَقَلَّ مِنْ سِتَّةِ أَشْهُرٍ مِن حِينِ إِمْكَانِ / الوَطْءِ بَعْدَ العَقْدِ ؛ لأَنَّهُ لا يَكْمُلُ فى أَقَلَّ مِنْ ذلك ، وإِن ادَّعَتْ أَنَّها أَسْقَطَتْهُ[٢١] ، لم يُقْبَلْ قَوْلُها فى أَقَلَّ مِنْ ثَمانين يَوْمًا مِنْ حِينِ إِمْكانِ الوَطْءِ بعدَ عَقْدِ النِّكَاحِ ؛ لِأَنَّ[٢٢] أَقَلَّ سَقْطٍ تَنْقَضِى به العِدَّةُ ما أَتَى عليه ثَمانُون يَوْمًا ، لأَنَّهُ يكونُ نُطْفَةً أربعين يَوْمًا ، ثم يكونُ عَلَقَةً أربعينَ يَوْمًا ، ثم يصِيرُ مُضْغَةً بعدَ الثَّمانين ، ولا تَنْقَضِى به العِدَّةُ قبلَ أَنْ يَصِيرَ مُضْغَةً بحالٍ . وهذا ظاهِرُ قَوْلِ الشَّافِعِىِّ . القِسْمُ الثَّالِثُ ، أَنْ تَدَّعِىَ انْقِضاءَ عِدَّتِها بالشُّهُورِ ، فلا يُقْبَلُ قَوْلُها فيه ؛ لأَنَّ الخِلافَ فى ذلك يَنْبَنِى على الاخْتِلافِ[٢٣] فى وَقْتِ الطَّلاقِ ، والقَوْلُ قَوْلُ الزَّوْجِ فيه ، فيكونُ القَوْلُ قَوْلَه فيما يَنْبَنِى عليه ، إِلَّا أَنْ يَدَّعِىَ الزَّوْجُ انْقِضاءَ عِدَّتِها ؛ لِيُسْقِطَ عن نَفْسِه نَفَقَتَها ، مِثْلَ أَنْ يقولَ : طَلَّقْتُكِ فى شَوَّالٍ . فتقُولَ هى : بَلْ فى ذِى الحِجَّةِ . فالقَوْلُ قَوْلُها ؛ لأَنَّهُ يَدَّعِى ما يُسْقِطُ النَّفَقَةَ ، والأَصْلُ وُجُوبُها ، فلا يُقْبَلُ إِلَّا بِبَيِّنَةٍ . ولو ادَّعَتْ ذلك ، ولم يَكُنْ لها نَفَقَةٌ ، قُبِلَ قَوْلُها ؛ لأَنَّها تُقِرُّ على نَفْسِها بما هو أَغْلَظُ . ولو انْعَكَسَتِ الدَّعْوَى ، فقال : طَلَّقْتُكِ فى ذِى الحِجَّةِ ، فلى رَجْعَتُكِ . فقالتْ : بل طَلَّقْتَنِى فى شَوَّالٍ ، فلا رَجْعَةَ لَكَ . فالقَوْلُ قَوْلُه ؛ لأَنَّ الأَصْلَ بَقاءُ نِكاحِهِ ، وَلأَنَّ القَوْلَ قَوْلُه ، فى إِثْباتِ الطَّلاقِ ونَفْيِهِ فكذلك فى وَقْتِه . إذا ثَبَتَ هذا ، فكُلُّ مَوْضِعٍ قُلْنا : القَوْلُ قَوْلُهَا . فأَنْكَرَها الزَّوْجُ ، فقال الْخِرَقِىُّ : عليها اليَمِينُ . وهو قَوْلُ الشَّافِعِىِّ ، وأبى يوسفَ ومحمدٍ . وقد أَوْمَأَ إليه أحمدُ ، فِى رِوَايَةِ أبى طالبٍ . وقال القاضى : قِياسُ المَذْهَبِ أَنْ لا يَجِبَ عليها يَمِينٌ . وقد أَوْمَأَ

٥٣/٨ ظ

(٢٠ - ٢٠) فى م : « الحمل التام » .

(٢١) فى الأصل : « أسقطت » .

(٢٢) فى الأصل ، ب : « لأنه » .

(٢٣) فى ا : « الخلاف » .

إليه أحمدُ ، فقالَ : لا يَمِينَ فى نِكاحٍ ولا طَلَاقٍ . وهو قَوْلُ أبى حَنِيفَةَ ؛ لأَنَّ الرَّجْعَةَ لا يَصِحُّ بَذْلُهَا ، فلا يُسْتَحْلَفُ فيها ، كالحُدُودِ . والأَوَّلُ أَوْلَى ؛ لِقَوْلِ رسولِ اللهِ ﷺ : « الْيَمِينُ عَلَى الْمُدَّعَى عَلَيْهِ »[٢٤] . وَلِأَنَّهُ حَقٌّ آدَمِيٌّ يُمْكِنُ صِدْقُ مُدَّعِيهِ ، فَيَجِبُ اليَمِينُ فيه ، كالأَمْوالِ . فإنْ نَكَلَتْ عنِ الْيَمِينِ ، فقال القاضى : لا يُقْضَى بالنُّكُولِ ؛ لأَنَّهُ مِمَّا لَا يَصِحُّ بَذْلُه . ويَحْتَمِلُ أَنْ يُسْتَحْلَفَ الزَّوْجُ ، وله رَجْعَتُهَا ، بِنَاءً على القَوْلِ بِرَدِّ اليَمِينِ على المُدَّعِى ؛ وذلك لأَنَّهُ لَمَّا وُجِدَ النُّكُولُ منها ، ظَهَرَ صِدْقُ الزَّوْجِ ، وَقَوِىَ جَانِبُهُ ، والْيَمِينُ تُشْرَعُ فى حَقِّ مَنْ قَوِىَ جَانِبُهُ ، ولذلك شُرِعَتْ فى حَقِّ المُدَّعَى عليه لِقُوَّةِ جَانِبِه بِالْيَدِ فى العَيْنِ ، وبالأَصْلِ فى بَرَاءَةِ الذِّمَّةِ فى الدَّيْنِ . هذا مَذْهَبُ الشَّافِعِىِّ .

٥٤/٨و / **فصل** : وإِذَا ادَّعَى الزَّوْجُ فى عِدَّتِها أَنَّهُ كان رَاجَعَهَا أَمْسِ ، أو مُنْذُ شَهْرٍ ، قُبِلَ قَوْلُهُ ؛ لأَنَّهُ لَمَّا مَلَكَ الرَّجْعَةَ ، مَلَكَ الإِقْرَارَ بها ، كالطَّلَاقِ . وبهذا قال[٢٥] الشَّافِعِىُّ ، وأَصْحَابُ الرَّأْىِ ، وغيرُهم . وإنْ قال بعدَ انْقِضَاءِ عِدَّتِها : كُنْتُ رَاجَعْتُكِ فى عِدَّتِكِ . فأَنْكَرَتْهُ ، [٢٦]فالقَوْلُ قَوْلُها بِإِجْماعِهِم[٢٦] ؛ لأَنَّهُ ادَّعاها فى زَمَنٍ لا يَمْلِكُهَا ، والأَصْلُ عَدَمُها وحُصُولُ البَيْنُونَةِ . فإنْ كان اخْتِلافُهُما فى زَمَنٍ يُمْكِنُ فيه انْقِضَاءُ عِدَّتِها ، وبَقَاؤُها ، فبَدَأَتْ فقالتْ : انْقَضَتْ عِدَّتِى . فقال : قد كُنْتُ رَاجَعْتُكِ . فأَنْكَرَتْهُ ، لم يُقْبَلْ قَوْلُهُ ؛ لأَنَّ خَبَرَها بِانْقِضاءِ عِدَّتِهَا مَقْبُولٌ ؛ لِإِمْكانِه ، فصارَتْ دَعْوَاهُ لِلرَّجْعَةِ بعدَ الحُكْمِ بانْقِضَاءِ عِدَّتِها ، فلم تُقْبَلْ . فإنْ سَبَقَهَا بِالدَّعْوَى ، فقال : قد كُنْتُ رَاجَعْتُكِ أَمْسِ . فقالتْ : قد انْقَضَتْ عِدَّتِى قبلَ دَعْوَاكَ . فالقَوْلُ قَوْلُهُ ؛ لأَنَّ دَعْوَاهُ لِلرَّجْعَةِ قبلَ الحُكْمِ بِانْقِضَاءِ عِدَّتِهَا[٢٧] فى زَمَنٍ الظَّاهِرُ قَبُولُ قَوْلِهِ فيه ، فلا يُقْبَلُ قَوْلُها بعدَ ذلك فى إِبْطالِهِ . ولو سَبَقَ ، فقال : قد رَاجَعْتُكِ . فقالتْ : قد انْقَضَتْ عِدَّتِى قبلَ رَجْعَتِكَ .

---

(٢٤) تقدم تخريجه فى : ٦ / ٥٢٥ .

(٢٥) فى ب زيادة : « أصحاب » .

(٢٦ - ٢٦) فى ا : « فإجماعهم على أن القول قولها » .

(٢٧) فى ا : « العدة » .

فأنْكَرَها ، فقال القاضى : القَوْلُ قَوْلُه ؛ لما ذَكَرْنا . وهذا أحَدُ الوُجُوهِ لأصْحابِ الشَّافِعِىِّ . وظاهِرُ كلامِ الْخِرَقِىِّ ، أنَّ قَوْلَهَا مَقْبُولٌ ، سَواءٌ سَبَقَها بالدَّعْوَى ، أو سَبَقَتْهُ . وهو وَجْهٌ ثانٍ لأصْحابِ الشَّافِعِىِّ ؛ لأنَّ الظَّاهِرَ البَيْنُونَةُ ، والأصْلَ عَدَمُ الرَّجْعَةِ ، فكان الظَّاهِرُ معها ، ولأنَّ مَنْ قُبِلَ قَوْلُهُ سابِقًا ، قُبِلَ قَوْلُهُ مَسْبُوقًا ، كسائِرِ مَنْ يُقْبَلُ قَوْلُه . ولهم وَجْهٌ ثالِثٌ ، أنَّ القَوْلَ قَوْلُ الزَّوْجِ بكُلِّ حالٍ ؛ لأنَّ المَرْأةَ تَدَّعِى ما يَرْفَعُ النِّكاحَ وهو يُنْكِرُه ، فكان القَوْلُ قَوْلَهُ ، كما لو ادَّعَى المُولِى والْعِنِّينُ إصابَةَ امْرَأتِهِ ، فأنْكَرَتْهُ . وهذا لا يَصِحُّ ، فإنَّهُ قد انْعَقَدَ سَبَبُ البَيْنُونَةِ ، وهو مُفْضٍ إليها ، ما لم يُوجَدْ ما يَرْفَعُهُ ويُزِيلُ حُكْمَهُ ، والأصْلُ عَدَمُهُ ، فكان القَوْلُ [قَوْلَ] مَنْ يُنْكِرُهُ ، بِخِلافِ ما قَاسُوا عليه . وإنْ وَقَعَ القَوْلُ منهما جَمِيعًا ، فلا رَجْعَةَ ؛ لأنَّ خَبَرَها بانْقِضاءِ عِدَّتِها يكونُ بعدَها ، فيكونُ قَوْلُهُ بعدَ العِدَّةِ ، فلا يُقْبَلُ . قال أبو الخَطَّابِ : ويَحْتَمِلُ أنْ يُقْرَعَ بينهما فيكونَ القَوْلُ قَوْلَ مَنْ تَتَبعُ له القُرْعَةُ . والصَّحِيحُ الأوَّلُ .

فصل : وإنِ اخْتَلَفا فى الإصابَةِ فقال : قد أصَبْتُكِ ، فلى رَجْعَتُكِ . فأنْكَرَتْهُ ، أو قَالَتْ : قد أصابَنِى ، فلى المَهْرُ كَامِلًا . فالقَوْلُ قَوْلُ المُنْكِرِ منهما ؛ لأنَّ الأصْلَ / معه ، فلا يَزُولُ إلَّا بِيَقِينٍ ، وليس له رَجْعَتُها فى المَوْضِعَيْنِ ؛ لأنَّهُ أنْكَرَ الإصابَةَ ، فهو يُقِرُّ على نَفْسِهِ بِبَيْنُونَتِها ، وأنَّهُ لا رَجْعَةَ له عليها . وإنْ أنْكَرَتْها هى ، فالقَوْلُ قَوْلُها ، ولا تَسْتَحِقُّ إلَّا نِصْفَ المَهْرِ فى المَوْضِعَيْنِ ؛ (٢٨لأنَّها إنْ أنْكَرَتْها ، فهى مُقِرَّةٌ أنَّها لا تَسْتَحِقُّ إلَّا نِصْفَ المَهْرِ٢٨) ، وإنْ أنْكَرَها ، فالقَوْلُ قَوْلُه . هذا إنْ كان غيرَ(٢٩) مَقْبُوضٍ ، فإنْ كان اخْتِلَافُهما بعدَ قَبْضِها له ، وادَّعَى إصابَتَها فأنْكَرَتْهُ ، لم يَرْجِعْ عليها بشىءٍ ؛ لأنَّهُ يُقِرُّ لها به ولا يَدَّعِيه . وإنْ كان هو المُنْكِرَ ، رَجَعَ عليها بِنِصْفِهِ . وبهذا قال الشَّافِعِىُّ ، وأصْحابُ الرَّأْىِ . فإنْ قِيلَ : فلِمَ قَبِلْتُمْ قَوْلَ المُولِى والعِنِّينِ فى الإصابَةِ ، ولم

٨/٥٤ظ

(٢٨-٢٨) سقط من : الأصل .

(٢٩) سقط من : ب ، م .

تَقْبلوهُ هٰهُنا ؟ قُلْنا : لأنَّ المُولِيَ والعِنِّينَ يَدَّعِيَانِ ما يُبْقِى النِّكَاحَ على الصِّحَّةِ ، ويَمْنَعُ فَسخَهُ ، والأصْلُ صحَّةُ العَقْدِ وسَلَامَتُه ، فكان قَوْلُهما مُوافِقًا لِلْأَصْلِ ، فقُبِلَ ، وفى مَسْأَلَتِنَا قد وَقَعَ ما يَرْفَعُ النِّكاحَ ويُزِيلُهُ ، وهو ما وَالَى بَيْنُونَةً ، وقد اخْتَلَفَا فيما يَرْفَعُ حُكْمَ الطَّلاقِ ويُثْبِتُ له الرَّجْعَةَ ، والأصْلُ عَدَمُ ذلك ، فكان قَوْلُه مُخَالِفًا لِلْأَصْلِ ، فلم يُقْبَلْ ، ولِأَنَّ المُولِيَ والعِنِّينَ يَدَّعِيَانِ الإصابَةَ فى مَوْضِعٍ تَحَقَّقَتْ فيه الخَلْوَةُ والتَّمْكِينُ مِنَ الْوَطْءِ ، لأنَّهُ لو لم يُوجَدْ ذلك لَمَا اسْتَحَقَّا الفَسْخَ بعَدَمِ(٣٠) الوَطْءِ ، فكان الاخْتِلافُ فيما يَخْتَصُّ به ، وفى مَسْأَلَتِنا لَم تَتَحقَّقْ خَلْوَةٌ ولا تَمْكِينٌ ، لأنَّهُ لو تَحقَّقَ ذلك لَوَجَبَ المَهْرُ كامِلًا ، فكان الاخْتِلافُ فى أمْرٍ ظاهِرٍ لا يَخْتَصُّ به ، فلم يُقْبَلْ فيه قَوْلُ مُدَّعِيه إلَّا بِبَيِّنَةٍ . وهل يُشْرَعُ اليَمِينُ فى حَقِّ مَنِ القَوْلُ قَوْلُهُ هٰهُنا ؟ على وَجْهَيْنِ .

فصل : والخَلْوَةُ كالْإِصابةِ ، فى إثْباتِ الرَّجْعَةِ لِلزَّوْجِ على المَرْأةِ التى خَلَا بها ، فى ظاهِرِ قَوْلِ الْخِرَقِيِّ ؛ لِقَوْلِه : حُكْمُهَا حُكْمُ الدُّخُولِ فى جَمِيعِ أُمُورِها . وهذا قَوْلُ الشَّافِعِيِّ ، فى(٣١) القَدِيمِ . وقال أبو بكرٍ : لا رَجْعَةَ له عليها إلَّا أنْ يُصِيبَها وبه قال النُّعْمانُ ، وصَاحِبَاهُ ، والشَّافِعِيُّ فى الجَدِيدِ ؛ لأنَّها غيرُ مُصَابَةٍ ، فلا تَسْتَحِقُّ رَجْعَتَها ، كغيرِ التى خَلَا بها . ولنا ، قَوْلُه تعالى : ﴿ وَٱلْمُطَلَّقَـٰتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ ثَلَـٰثَةَ قُرُوءٍ وَلَا يَحِلُّ لَهُنَّ أَنْ يَكْتُمْـنَ مَا خَلَـقَ ٱللَّهُ فِى أَرْحامِهِـنَّ ﴾ . إلى قَوْلِـهِ : ﴿ وَبُعُولَتُهُنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ فِى ذَٰلِكَ ﴾(٣٢) . ولأنَّها مُعْتَدَّةٌ مِنْ طَلَاقٍ لا عِوَضَ فيه ، ولم تَسْتَوْفِ عَدَدَهُ ، فَثَبَتَتْ عليها الرَّجْعَةُ كالمُصَابَةِ ، ولأنَّها مُعْتَدَّةٌ يَلْحَقُها طَلَاقُهُ ، فمَلَكَ رَجْعَتَها ، كالَّتِى أصابَها . وفارَقَ التى لم يَخْلُ بها ، فإنَّها بائِنٌ منه لا عِدَّةَ لها ، ولا يَلْحَقُها طَلاقُه ، وإنَّما تكونُ الرَّجْعَةُ لِلْمُعْتَدَّةِ التى يَلْحَقُها طَلاقُه .

٨/٥٥و / **فصل** : وإنْ ادَّعَى زَوْجُ الأَمَةِ بعدَ عِدَّتِها أنَّه كان راجَعَها فى عِدَّتِها(٣٣) ، فكَذَّبَتْه

---

(٣٠) فى ا ، م : « بعد » .

(٣١) سقط من : الأصل .

(٣٢) سورة البقرة ٢٢٨ .

(٣٣) فى م : « عدته » .

وصَدَّقَه مَوْلاها ، فالْقَوْلُ قَوْلُهَا . نَصَّ عليه أحمدُ ، وبذلك قال أبو حنيفةَ ، ومَالِكٌ . وقال أبو يوسفَ ومحمدٌ : القَوْلُ قَوْلُ الزَّوْجِ ، وهو أَحَقُّ بها ؛ لأَنَّ إقْرارَ مَوْلاها مَقْبولٌ فى نِكاحِها ، (٣٤فَقُبِلَ قَوْلُه فى رَجْعَتِها ، كالحُرَّةِ إذا أَقَرَّتْ . ولَنا ، أَنَّ قَوْلَها فى انْقِضاءِ عِدَّتِها مَقْبُولٌ ٣٤) ، فقُبِلَ فى إنْكارِها لِلرَّجْعَةِ كالْحُرَّةِ ، ولأَنَّهُ اخْتِلافٌ منهما فيما يَثْبُتُ به النِّكاحُ ، فيكونُ المُنَازِعُ هى دُونَ سَيِّدِها ، كما لو اخْتَلَفَا فى الإصابَةِ ، وإنَّما قُبِلَ قَوْلُ السَّيِّدِ فى النِّكاحِ ؛ لأَنَّهُ يَمْلِكُ إنْشاءَه ، فمَلَكَ الإقْرَارَ به ، بخِلافِ الرَّجْعَةِ . وإنْ صَدَّقَتْهُ هى وكَذَّبَهُ مَوْلاها ، لم يُقْبَلْ إقْرارُها ؛ لأَنَّ حَقَّ السَّيِّدِ تعَلَّقَ[٣٥] بها ، وحَلَّتْ له بانْقِضاءِ عِدَّتِها ، فلم يُقْبَلْ قَوْلُها فى إبْطالِ حَقِّهِ ، كما لو تَزَوَّجَتْ ثم أَقَرَّتْ أَنَّ مُطَلِّقَها كان راجَعَها ، ولا[٣٦] يَلْزَمُ مِنْ قَبولِ إنْكارِها قَبُولُ تَصْدِيقِها ، كالتى تَزَوَّجَتْ ، فإنَّهُ يُقْبَلُ إنْكارُها ، ولا يُقْبَلُ تَصْدِيقُها . إذا ثَبَتَ هذا ، فإنَّ مَوْلاها إذا عَلِمَ صِدْقَ الزَّوْجِ فى رَجْعَتِها ، لم يَحِلَّ له وَطْؤُها ، ولا تَزْوِيجُها . وإنْ عَلِمَتْ هى صِدْقَ الزَّوْجِ فى رَجْعَتِها ، فهى حَرامٌ على سَيِّدِها ، ولا يَحِلُّ لها تَمْكِينُه مِنْ وَطْئِها إلَّا مُكْرَهَةً ، كما قبلَ طلاقِها .

فصل : ولو قالت : انْقَضَتْ عِدَّتِى . ثم قالتْ : ما انْقَضَتْ بَعْدُ . فله رَجْعَتُها[٣٧] ؛ لأَنَّها أَقَرَّتْ بِكَذِبِها فيما يَثْبُتُ به حَقٌّ عليها ، فقُبِلَ إقْرارُها . ولو قال : أَخْبَرَتْنِى بانْقِضَاءِ عِدَّتِهَا ، ثم رَاجَعْتُها . ثم أَقَرَّتْ بِكَذِبِها فى انْقِضاءِ عِدَّتِها ، أو أَنْكَرَتْ[٣٨] ما ذَكَرَ عنها ، وأَقَرَّتْ أَنَّ[٣٩] عِدَّتَها ، لم تَنْقَضِ ، فالرَّجْعَةُ صَحِيحَةٌ ؛ لأَنَّهُ لم يُقِرَّ بانْقِضَاءِ عِدَّتِها ، وإنَّما أَخْبَرَ بِخَبَرِها عن ذلك ، وقد رَجَعَتْ عن خَبَرِها ، فقُبِلَ رُجُوعُها ؛ لما ذَكَرْنَاهُ .

(٣٤ - ٣٤) سقط من : الأصل .

(٣٥) فى م : « يتعلق » .

(٣٦) فى م : « ولم » .

(٣٧) فى ا : « مراجعتها » .

(٣٨) فى ب ، م : « وأنكرت » .

(٣٩) فى ا : « بأن » .

١٢٩٥ ـ مسألة ؛ قال : (**وَإِذَا طَلَّقَها وَاحِدَةً ، فَلَمْ تَنْقَضِ عِدَّتُهَا حَتَّى طَلَّقَها ثَانِيَةً ، بَنَتْ عَلَى مَا مَضَى مِنَ الْعِدَّةِ**)

وبهذا قال أبو حَنِيفَةَ ، وهو قَوْلُ الشَّافِعِيِّ . وله قَوْلٌ ثانٍ ، أنَّها تَسْتَأْنِفُ العِدَّةَ ؛ لأنَّها طَلْقَةٌ وَاقِعَةٌ فى حَقِّ مَدْخُولٍ بها ، فاقْتَضَتْ عِدَّةً كَامِلَةً ، كالأُولَى . ولَنا ، أنَّهما طَلاقانِ[1] لم يَتَخَلَّلْهُمَا إصابَةٌ ، ولا خَلْوَةٌ ، فلم يَجِبْ بهما أكْثَرُ مِنْ عِدَّةٍ ، كما لو وَالَى بينهما ، أو كما لو انْقَضَتْ عِدَّتُها ثم نَكَحَها وطَلَّقَها قَبْلَ دُخُولِه بها . وهكذا الحُكْمُ لو طَلَّقَهَا ، ثم فُسِخَ نِكَاحُها لِعَيْبٍ فى أَحَدِهما ، أو لِعِتْقِها تحْتَ عبْدٍ أو غيرِه ، أو انْفَسَخَ نِكاحُها لِرَضَاعٍ أو اخْتِلافِ / دِينٍ أو غيرِ ذلك ؛ لأنَّ الفَسْخَ فى مَعنَى الطَّلاقِ . ٨/٥٥ظ

فصل : وإنْ طَلَّقَهَا ، ثم رَاجَعَهَا ، ثم طَلَّقَهَا قَبْلَ دُخُولِه بها ، ففيه[2] رِوَايَتانِ ؛ إحْدَاهما ، تَبْنِي على ما مَضَى مِن الْعِدَّةِ . نَقَلَها الْمَيْمُونِيُّ . وهى اخْتِيارُ أبى بكرٍ ، وقَوْلُ عَطاءٍ ، وأحَدُ قَوْلَيِ الشَّافِعِيِّ ؛ لِأَنَّهما طَلاقانِ لم يَتَخَلَّلْهما دُخُولٌ بها ، فكانت العِدَّةُ مِن الأَوَّلِ منهما ، كما لو لم يَرْتَجِعْها ، ولأنَّ الرَّجْعَةَ لم يتَّصِلْ بها دُخُولٌ ، فلم يَجِبْ بالطَّلاقِ منها عِدَّةٌ ، كما لو نَكَحَها ثم طَلَّقَها قَبْلَ الدُّخولِ . والثَّانِيَةُ ، تَسْتَأْنِفُ العِدَّةَ . نَقَلَها ابنُ مَنْصُورٍ . وَهى أَصَحُّ . وهذا قَوْلُ طَاوُسٍ ، وأبى قِلابَة ، وَعمرِو بنِ دِينَارٍ ، وجابِرٍ ، وسعيد ابن عبدِالعزيزِ ، وإسحاقَ ، وأبى ثَوْرٍ ، وأبى عُبَيْدٍ ، وأصْحَابِ الرَّأْيِ ، وابْنِ المُنْذِرِ . وقال الثَّوْرِيُّ : أجمعَ الفُقَهاءُ على هذا . وحَكَى أبو الخَطَّابِ ، عن مالِكٍ ، إنْ قَصَدَ الإِضْرَارَ بها بَنَتْ ، وإلَّا اسْتَأْنَفَتْ ؛ لِأَنَّ اللهَ تَعالى إنَّما جَعَلَ الرَّجْعَةَ لمنْ[3] أرادَ الإِصْلاحَ بِقَوْلِه تعالى : ﴿ وَبُعُولَتُهُنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ فِى ذَلِكَ إِنْ أَرَادُوٓاْ إِصْلَاحًا ﴾[4]

---

(١) فى ب زيادة : « فإن » .

(٢) فى ب : « ففيها » .

(٣) فى م : « من » .

(٤) سورة البقرة ٢٢٨ .

والَّذى قَصَدَ الإضْرارَ لم يَقْصِدِ الإصْلاحَ . ولَنا ، أنَّهُ طَلاقٌ فى نِكاحٍ مَدْخُولٍ بها فيه ، فأَوْجَبَ عِدَّةً كامِلَةً ، كما لو لم يَتَقَدَّمْهُ طَلاقٌ ؛ وهذا لأَنَّ الطَّلْقَةَ الأُولَى شَعَّثَتِ النِّكاحَ ، والرَّجْعَةَ لَمَّتْ شَعَثَهُ ، وقَطَعَتْ عَمَلَ الطَّلاقِ ، فصارَ الطَّلاقُ الثَّانِى فى نِكاحٍ غيرِ مُشَعَّثٍ مَدْخُولٍ بها فيه ، فأَوْجَبَ عِدَّةً كالأَوَّلِ ، وكما لو ارْتَدَّتْ ثم أَسْلَمَتْ ثم طَلَّقَهَا ، فإنَّها تَسْتَأْنِفُ عِدَّةً ، كذا ههُنا . ويُفارِقُ الطَّلاقَ قَبْلَ الرَّجْعَةِ . فإنَّهُ جاءَ بَعْدَ طَلاقٍ مُفْضٍ إلى بَيْنُونَةٍ . فإنْ راجَعَها ثم دخَلَ بها ، ثم طَلَّقَها ، فإنَّها تَسْتَأْنِفُ عِدَّةً بغيرِ اخْتِلافٍ بينَ أَهْلِ العِلْمِ ؛ لأَنَّهُ بالْوَطْءِ بَعْدَ الرَّجْعَةِ صار كالنَّاكِحِ ابْتِداءً إذا وَطِئَ .

فصل : وإنْ خالَعَ زَوْجَتَهُ ، أو فُسِخَ النِّكَاحُ ثم نَكَحَها فِى عِدَّتِها ، ثم طَلَّقَها ؛ فإنْ كان دَخَلَ بها ، فعليها الْعِدَّةُ ، بلا خِلافٍ ؛ لأَنَّه طَلاقٌ فى نِكاحٍ مَدْخُولٍ بها فيه ، لم يَتَقَدَّمْهُ طَلاقٌ سِوَاهُ . وإنْ لم يكنْ دَخَلَ بها ، بَنَتْ على العِدَّةِ الْأُولَى ، فى الصَّحِيحِ مِن المَذْهَبِ . وعنه ، أنَّها تَسْتَأْنِفُ الْعِدَّةَ . وهو قَوْلُ أبى حَنِيفَةَ ؛ لأَنَّ النِّكَاحَ أَقْوَى مِن الرَّجْعَةِ ، ولو طَلَّقَها بعدَ الرَّجْعَةِ ، اسْتَأْنَفَتِ العِدَّةَ ، فههُنا أَوْلَى . ولَنا ، أنَّهُ طَلاقٌ مِنْ نِكَاحٍ لم يُصِبْها فيه ، فلم تَجِبْ به عِدَّةٌ ، كما لو نَكَحَها بعدَ انْقِضَاءِ عِدَّتِها . وفارَقَ الرَّجْعَةَ ؛ لأَنَّها رَدَّتِ الْمَرْأَةَ إلى / النِّكاحِ الأَوَّلِ ، فكان الطَّلاقُ الثَّانِى فى نِكاحٍ اتَّصَلَ به الدُّخُولُ ، وهذا النِّكاحُ جَدِيدٌ بعدَ البَيْنُونَةِ مِن الأَوَّلِ[٥] ، ولم يُوجَدْ فيه دُخُولٌ ، فأشْبَهَ التَّزْوِيجَ بعدَ قَضاءِ العِدَّةِ . وأمَّا بناؤُها على العِدَّةِ الأُولَى ، فلأَنَّها إنَّما قُطِعَ فى[٦] حُكْمِها النِّكاحُ ، وقد زالَ ، فيَعُودُ إليها . ولو أسْلَمَتْ زَوْجَتُهُ ثم أسْلَمَ فى عِدَّتِها ، أو أسْلَمَ هو ثم أَسْلَمَتْ هى فى عِدَّتِها ، وطَلَّقَها قبلَ وَطْئِه أو بَعْدَهُ ، أو ارْتَدَّتْ ثم أَسْلَمَتْ ثم طَلَّقَهَا ، فعليها عِدَّةٌ مُسْتَأْنَفَةٌ ، بلا خِلافٍ ؛ لأَنَّه طَلاقٌ فِى نِكاحٍ وَطِئَ فيه ، أشْبَهَ الطَّلاقَ فى النِّكَاحِ الأَوَّلِ .

٨/٥٦ و

فصل : ومتى وَطِئَ الرَّجْعِيَّةَ ، وقلْنا : إنَّ الوَطْءَ لا تَحْصُلُ به الرَّجْعَةُ ، فعليها أنْ

---

(٥) فى م : « الأولى » .

(٦) سقط من : الأصل .

تَسْتَأْنِفَ العِدَّةَ مِن الْوَطْءِ ، ويَدْخُلُ فيها بَقِيَّةُ عِدَّةِ الطَّلاقِ ؛ لِأَنَّهما عِدَّتانِ مِنْ رَجُلٍ وَاحِدٍ ، فتَدَاخَلَتا[7] ، كما لو طَلَّقَهَا وَاحِدَةً فلم تَنْقَضِ عِدَّتُهَا حتى طَلَّقَهَا ، وله ارْتِجاعُها فى بَقِيَّةِ العِدَّةِ الأُولَى ؛ لأَنَّها عِدَّةٌ مِن الطَّلاقِ ، فإذا مَضَت البَقِيَّةُ ، لم يَكُنْ له ارْتِجاعُها فى بَقِيَّةِ عِدَّةِ الوَطْءِ ؛ لأنها عِدَّةٌ مِنْ وَطْءِ شُبْهَةٍ ، فإنْ حَبِلَتْ مِن الوَطْءِ ، صارَتْ فى عِدَّةِ الوَطْءِ ، وتَدْخُلُ فيها البَقِيَّةُ الأُولَى ؛ لِأَنَّهما[8] عِدَّتانِ لِوَاحِدٍ ، فأشْبَهَ ما لو كانا بالأَقْرَاءِ ، وتَنْقَضِى العِدَّتانِ جَمِيعًا بِوَضْعِ الحَمْلِ ؛ لأَنَّهُ لا يَتَبَعَّضُ ، وله مُراجَعَتُها قبلَ وَضْعِه ؛ لأَنَّها فى عِدَّةٍ مِن الطَّلاقِ . ويَحْتَمِلُ أَنْ لا يَتَدَاخَلَا ؛ لأَنَّهما مِن جِنْسَيْنِ . فعلى هذا تَصِيرُ مُعْتَدَّةً مِن الوَطْءِ خاصَّةً . وهلْ له رَجْعَتُها فى مُدَّةِ الحَمْلِ ؟ على وَجْهَيْنِ ، مَضَى تَوْجِيهُهُما فيما إذا حَمَلَتْ مِنْ وَطْءِ زَوْجٍ ثانٍ[9] ، فإذا وَضَعَتْ أَتَمَّتْ عِدَّةَ الطَّلاقِ ، وله ارْتِجاعُها فى هذه البَقِيَّةِ ؛ لأَنَّها مِنْ عِدَّةِ الطَّلاقِ . ولو طَلَّقَها حامِلًا ، ثم وَطِئَها ، انْقَضَتْ عِدَّتُهَا بِوَضْعِ الحَمْلِ منهما جَمِيعًا . ويَحْتَمِلُ أَنْ تَسْتَأْنِفَ عِدَّةً لِلوَطْءِ[10] بعدَ وَضْعِ الحَمْلِ ؛ لمَا ذَكَرْنا . ولا رَجْعَةَ له بعدَ وَضْعِ الحَمْلِ فى هذه الصُّورَةِ بِكُلِّ حالٍ . ومذهبُ الشَّافِعِىِّ فى هذا الفَصْلِ كُلِّه على مَا ذَكَرْنا سواءً .

١٢٩٦ – مسألة ؛ قال : (وَإِذَا طَلَّقَهَا ، ثُمَّ أَشْهَدَ عَلَى الْمُرَاجَعَةِ مِنْ حَيْثُ لَا تَعْلَمُ ، فَاعْتَدَّتْ ، ثُمَّ نَكَحَتْ مَنْ أَصَابَهَا ، رُدَّتْ إِلَيْهِ ، وَلَا يُصِيبُهَا حَتَّى تَنْقَضِىَ عِدَّتُهَا فِى إِحْدَى الرِّوَايَتَيْنِ ، وَالْأُخْرَى هِىَ زَوْجَةُ الثَّانِى)

وجُمْلَةُ ذلك ، أَنَّ زَوْجَ الرَّجْعِيَّةِ إذا رَاجَعَها ، وهى لا تَعْلَمُ ، صَحَّتِ الْمُرَاجَعَةُ[1] ؛ لأَنَّها لا تَفْتَقِرُ إلى رِضَاها ، فلم تَفْتَقِرْ إلى عِلْمِها / كَطَلَاقِها . فإذا رَاجَعَها ولم تَعْلَمْ ، ٨/٥٦ظ

---

(٧) فى الأصل ، ا : « فتداخلا » .
(٨) فى ب ، م : « ولأنهما » .
(٩) فى صفحة ٥٥٧ .
(١٠) فى ب ، م : « الوطء » .
(١١) فى ا : « الرجعة » .
(١) فى ا : « الرجعة » .

فانْقَضَتْ عِدَّتُها ، وتَزَوَّجَتْ[2] ، ثم جاءَ وادَّعَى أنَّه كان راجَعَها قبلَ انْقِضاءِ عِدَّتِها ، وأقامَ[3] البَيِّنَةَ على ذلك ، ثَبَتَ أنَّها زَوْجَتُه ، وأنَّ نِكاحَ الثَّانِى فاسِدٌ ؛ لأنَّه تَزَوَّجَ امْرأَةَ غيرِه ، وتُرَدُّ إلى الْأَوَّلِ ، سَواءٌ دَخَلَ بها الثَّانِى أو لم يَدْخُلْ بها . هذا هو الصَّحِيحُ ، وهو مَذْهَبُ أكْثَرِ الْفُقَهاءِ ؛ منهم الثَّوْرِىُّ ، والشَّافِعِىُّ ، وأبو عُبَيْدٍ ، وأصْحابُ الرَّأْىِ . ورُوِىَ ذلك عن علىٍّ ، رَضِىَ اللهُ عنه . وعن أبى عبدِ اللهِ ، رَحِمَهُ اللهُ ، رِوايَةٌ ثانِيَةٌ ، إنْ دَخَلَ بها الثَّانِى فهى امْرَأَتُهُ ، ويَبْطُلُ نِكاحُ الْأَوَّلِ[4] . رُوِىَ ذلك عن عمرَ بنِ الخَطَّابِ ، رَضِىَ اللهُ عنه . وهو قَوْلُ مالِكٍ . ورُوِىَ مَعْناهُ عن سَعِيدِ بنِ المُسَيَّبِ ، وعبدِ الرحمنِ بنِ القاسِمِ ، ونَافِعٍ ؛ لأنَّ كُلَّ واحِدٍ منهما عَقَدَ عليها ، وهى مِمَّنْ يجوزُ له العَقْدُ عليها فى الظَّاهِرِ ، ومع الثَّانِى مَزِيَّةُ الدُّخولِ ، فقُدِّمَ بها . ولنا ، أنَّ الرَّجْعَةَ قد صَحَّتْ ، وتَزَوَّجَتْ وهى زَوْجَةُ الأَوَّلِ ، فلم يَصِحَّ نِكَاحُها ، كما لو لم يُطَلِّقْها . فإذا ثَبَتَ هذا ، فإنْ كان الثَّانِى ما دَخَلَ بها ، فُرِّقَ بينهما ، ورُدَّتْ إلى الْأَوَّلِ ، ولا شىءَ على الثَّانِى . وإنْ كان دَخَلَ بها ، فلها عليهِ مَهْرُ الْمِثْلِ ؛ لأنَّ هذا وَطْءُ شُبْهَةٍ ، وتَعْتَدُّ ، ولا تَحِلُّ للأَوَّلِ حتى تَنْقَضِىَ[5] عِدَّتُها منه . وإنْ أقامَ البَيِّنَةَ قبلَ دُخولِ الثَّانِى بها ، رُدَّتْ إلى الأَوَّلِ ، بغيرِ خِلافٍ فى المَذْهَبِ . وهو إحْدَى الرِّوايَتَيْنِ عن مالِكٍ . وأمَّا إنْ تَزَوَّجَها مع عِلْمِها بالرَّجْعَةِ ، أو عِلْمِ أَحِدِهما ، فالنِّكاحُ باطِلٌ بغَيرِ خِلافٍ ، والوَطْءُ مُحَرَّمٌ على مَنْ عَلِمَ منهما[6] ، وحُكْمُهُ حُكْمُ الزَّانِى فى الحَدِّ وغيرِه ؛ لأنَّهُ وَطِئَ امْرأَةَ غيرِه مع عِلْمِهِ . فأمَّا إنْ لم يَكُنْ لِمُدَّعِى الرَّجْعَةِ بَيِّنَةٌ ، فأنْكَرَهُ أَحدُهما ، لم يُقْبَلْ قَوْلُه ، ولكنْ إنْ أنْكَرَاهُ[7] جَمِيعًا ، فالنِّكاحُ صحيحٌ فى حَقِّهِما[8] ، وإن اعْتَرَفا له بِالرَّجْعَةِ ، ثَبَتَتْ ،

---

(2) فى م : « ثم تزوجت » .
(3) فى الأصل : « أو أقام » .
(4) فى ب : « الأولى » .
(5) فى ا : « تقضى » .
(6) سقط من : الأصل .
(7) فى الأصل : « أنكره » .
(8) فى الأصل : « حقها » .

والحُكْمُ فيه كما لو قامَتْ به البَيِّنَةُ سَواءً . وإنْ أَقَرَّ له الزَّوْجُ وَحْدَه ، فقد اعْتَرَفَ بِفَسادِ نِكاحِهِ ، فتَبِينُ منه ، وعليه مَهْرُها إنْ كان بعدَ الدُّخولِ ، أو نِصْفُه إنْ كان قَبْلَهُ ، لِأَنَّهُ لا يُصَدَّقُ على المَرْأَةِ فى إسْقاطِ حَقِّها عنه ، ولا تُسَلَّمُ المَرْأَةُ إلى المُدَّعِى ؛ لأنَّهُ لا يُقْبَلُ قَوْلُ الزَّوْجِ الثَّانِى عليها ، وإنَّما يَلْزَمُهُ فى حَقِّهِ ، ويَكُونُ القَوْلُ قَوْلَها . وهل هو مع يَمِينِها أو لا؟ على وَجْهَيْنِ . وَالصَّحِيحُ أَنَّها لا تُسْتَحْلَفُ ؛ لأنَّها لو أَقَرَّتْ ، لم يُقْبَلْ إقْرارُها ، فإذا أَنْكَرَتْ ، لم تَجِبِ الْيَمِينُ بإنْكارِها . وإنِ اعْتَرَفَت الْمَرْأَةُ وأَنْكَرَ الزَّوْجُ ، لم يُقْبَلِ / اعْتَرافُهَا على الزَّوْجِ فى فَسْخِ نِكاحِه[9] ؛ لِأَنَّ قَوْلَها إنَّما يُقْبَلُ على نَفْسِها فى حَقِّها . وهل يُسْتَحْلَفُ ؟ يَحْتَمِلُ وَجْهَيْنِ ؛ أَحَدُهما ، لا يُسْتَحْلَفُ . اخْتارَهُ القاضى ؛ لأَنَّهُ دَعْوَى فى النِّكاحِ ، فلم يُسْتَحْلَفْ ، كما لو ادَّعَى زَوْجِيَّةَ امْرَأَةٍ فأَنْكَرَتْهُ . والثَّانى ، يُسْتَحْلَفُ . قال القاضى : وهو قَوْلُ الخِرَقِيِّ ؛ لِعُمُومِ قَوْلِه عليه السلامُ : « وَلٰكِنَّ اليَمِينَ عَلَى المُدَّعَى عَلَيْهِ »[10] . ولأَنَّهُ دَعْوَى فى حَقِّ آدَمِي ، فيُسْتَحْلَفُ فيه كالمَالِ . فإنْ حَلَفَ فيَمِينُه على نَفْيِ العِلْمِ ؛ لأَنَّهُ على نَفْيِ فِعْلِ الغَيْرِ . فإنْ زالَ نِكَاحُهُ بِطَلاقٍ ، أو فَسْخٍ ، أو مَوْتٍ ، رُدَّتْ إلى الأَوَّلِ مِنْ غيرِ عَقْدٍ ؛ لأَنَّ الْمَنْعَ مِنْ رَدِّهَا إنَّما كان لِحَقِّ الثَّانى ، فإذا زَالَ ، زالَ[11] المانِعُ[12] ، وحُكِمَ بِأَنَّهَا زَوْجَةُ الأَوَّلِ ، كما لو شَهِدَ بِحُرِّيَّةِ عبدٍ ثم اشْتَرَاهُ ، عَتَقَ عليه . ولا يَلْزَمُها لِلْأَوَّلِ مَهْرٌ بحَالٍ . وذَكَرَ القاضى ، أَنَّ عليها له مَهْرًا . وهو قَوْلُ بعضِ أَصْحابِ الشَّافِعِيِّ ؛ لأنَّها أَقَرَّتْ أنَّها حَالَتْ بينه وبين بَعْضِها[13] بغيرِ حَقٍّ ، فَأَشْبَهَ شُهُودَ الطَّلاقِ إذا رَجَعُوا . ولَنا ، أنَّ مِلْكَها اسْتَقَرَّ على المَهْرِ ، فلم يَرْجِعْ به عليها ، كما لو ارْتَدَّتْ ، أو أَسْلَمَتْ ، أو قَتَلَتْ نَفْسَها ، فإنْ ماتَ الأَوَّلُ وهى فى نِكاحِ الثَّانِى ، فيَنْبَغِى

٨/٥٧و

---

(٩) فى م : « النكاح » .

(١٠) تقدم تخريجه فى : ٦ / ٥٢٥ .

(١١) سقط من : ا ، ب ، م .

(١٢) فى الأصل : « المنع » .

(١٣) لعل الصواب : « بضعها » .

أنْ تَرِثَهُ ؛ لِإقْرَارِهِ بزَوْجِيَّتِهَا ، أو إقْرَارِها بذلك . وإنْ ماتَتْ ، لم يَرِثْها ، لأنَّها لا تُصَدَّقُ فى إبْطالِ مِيراثِ الزَّوْجِ الثَّانِى ، كما لم تُصَدَّقْ فى إبْطالِ نِكاحِه ، ويَرِثُها الزَّوْجُ الثَّانى ؛ لذلك . وإنْ ماتَ الزَّوْجُ الثَّانِى ، لم تَرِثْهُ ؛ لأنَّها تُنْكِرُ صِحَّةَ نِكاحِه فتُنْكِرُ مِيراثَهُ .

١٢٩٧ ـ مسألة ؛ قال : (**وَإذَا طَلَّقَهَا ثَلَاثًا**[١] **، وَانْقَضَتْ عِدَّتُهَا مِنْهُ ، ثُمَّ أَتَتْهُ فَذَكَرَتْ أنَّها نَكَحَتْ مَنْ أَصَابَهَا ، ثُمَّ طَلَّقَهَا ، أَوْ مَاتَ عَنْهَا ، وَانْقَضَتْ عِدَّتُهَا مِنْهُ ، وَكَانَ ذَلِكَ مُمكِنًا ، فَلَهُ أَنْ يَنْكِحَهَا إذَا كَانَ يَعْرِفُ مِنْهَا الصِّدْقَ وَالصَّلَاحَ ، وَإنْ لَمْ تَكُنْ عِنْدَهُ فِى هَذِهِ الحَالِ ، لَمْ يَنْكِحْهَا حَتَّى يَصِحَّ عِنْدَهُ قَوْلُها**)

وجُمْلَةُ ذلك أنَّ المُطَلَّقَةَ الْمَبْتُوتَةَ ، إذا مَضَى زَمَنٌ بعدَ طَلَاقِها ، يُمْكِنُ فيه انْقِضاءُ عِدَّتَيْنِ بينهما نِكاحٌ ووَطْءٌ ، فأخْبَرَتْهُ بذلك ، وغَلَبَ على ظَنِّهِ صِدْقُها ؛ إمَّا لِمَعْرِفَتِهِ بأَمانَتِها ، أو بِخَبَرِ غيرِها مِمَّنْ يَعْرِفُ حَالَهَا ، فله أنْ يَتَزَوَّجَها ، فى قَوْلِ عَامَّةِ أَهْلِ الْعِلْمِ ؛ منهم الْحسنُ ، وقتادةُ[٢] ، والأَوْزاعِىُّ ، والثَّوْرِىُّ ، والشَّافِعِىُّ ، وأبو عُبَيْدٍ ، وأصْحابُ الرَّأْىِ ؛ وذلك لِأَنَّ الْمَرْأَةَ مُؤْتَمَنَةٌ على نَفْسِها ، وعلى مَا أَخْبَرَتْ به عنها ، ولا سَبِيلَ إلى مَعْرِفَةِ هذه الْحالِ على الْحَقِيقَةِ إلَّا مِنْ جِهَتِها ، / فيَجِبُ الرُّجُوعُ إلى قَوْلِهَا ، كما لو أَخْبَرَتْ بانْقِضاءِ عِدَّتِها . فأمَّا إنْ لَمْ يَعْرِفْ ما يَغْلِبُ على ظَنِّهِ صِدْقُها ، لم يَحِلَّ له نِكاحُها . وقال الشَّافِعِىُّ : له نِكاحُها ؛ لما ذَكَرْنا أَوَّلًا ، والْوَرَعُ أنْ لا يَنْكِحَها . ولَنا ، أنَّ الأَصْلَ التَّحْرِيمُ ، ولم يُوجَدْ غَلَبَةُ ظَنٍّ تَنْقُلُ عنه ، فوَجَبَ البَقاءُ عليه ، كما لو أَخْبَرَهُ فَاسِقٌ عنها .

٨/٥٧ظ

فصل : وإذا أخْبَرَتْ أنَّ الزَّوْجَ أصابَها ، فأنْكَرَ ، فالقَوْلُ قَوْلُها فى حِلِّها لِلْأَوَّلِ ، والْقَوْلُ قَوْلُ الزَّوْجِ فى المَهْرِ ، ولا يَلْزَمُهُ إلَّا نِصْفُهُ إذا لم يُقِرَّ بالْخَلْوَةِ بها . فإنْ قال الزَّوْجُ

---

(١) سقط من : الأصل ، ا .

(٢) سقط من : الأصل ، ب ، م .

الْأَوَّلُ : أنا أَعْلَمُ أَنَّهُ ما أَصَابها . لم يَحِلَّ له نِكَاحُهَا ؛ لأَنَّهُ يُقِرُّ على نَفْسِهِ بتَحْرِيمِها . فإنْ عادَ فأكْذَبَ نَفْسَه وقال : قد عَلِمْتُ صِدْقَهَا . دِينَ فيما بينه وبين اللهِ تعالى ؛ لأَنَّ الْحِلَّ والحُرْمَةَ مِنْ حُقُوقِ اللهِ تعالى . فإذا عُلِمَ حِلُّها له ، لم تَحْرُمْ بكَذِبِه . وهذا مذهبُ الشَّافِعِيِّ . ولأَنَّهُ قد يَعْلَمُ ما لم يَكُنْ عَلِمَهُ . ولو قال : ما أَعْلَمُ أَنَّهُ أَصابَها . لم تَحْرُمْ عليه بهذا ؛ لأَنَّ المُعْتَبَرَ فى حِلِّهَا له خَبَرٌ يَغْلِبُ على ظَنِّهِ صِدْقُها[4] ، لا حَقِيقَةُ العِلْمِ .

فصل : وإذا طَلَّقَهَا طَلاقًا رَجْعِيًّا ، وغابَ ، وقَضَتْ عِدَّتَهَا ، وأَرَادَتْ التَّزَوُّجَ ، فقال وَكِيلُهُ : تَوَقَّفِى كَيْلَا يكونَ رَاجَعَكِ . لم يَجِبْ عليها التَّوَقُّفُ ، لأَنَّ الأَصْلَ عَدَمُ الرَّجْعَةِ ، وَحِلُّ النِّكَاحِ ، فلا يَجِبُ الزَّوَالُ عنه بأَمْرٍ مَشْكُوكٍ فيه ، ولأَنَّهُ[5] لو وَجَبَ عليها التَّوَقُّفُ فى هذه الْحَالِ ، لَوَجَبَ عليها التَّوَقُّفُ قَبْلَ قَوْلِهِ ؛ لأَنَّ احْتِمَالَ الرَّجْعَةِ مَوْجُودٌ ، سَوَاءٌ قال أو لم يَقُلْ ، فيُفْضِى إلى تَحْرِيمِ النِّكَاحِ على كلِّ رَجْعِيَّةٍ غابَ عنها[6] زَوْجُها أَبَدًا .

فصل : فإذا قالتْ : قد تَزَوَّجْتُ مَنْ أَصَابَنِى . ثم رَجَعَتْ عن ذلك قَبْلَ أَنْ يَعْقِدَ عليها ، لم يَجُزِ الْعَقْدُ ، لأَنَّ الخَبَرَ المُبِيحَ لِلْعَقْدِ قد زالَ ، فزَالَتِ الإباحَةُ . وإنْ كان بعدَ ما عَقَدَ عليها ، لم يُقْبَلْ ؛ لأَنَّ ذلك إبْطالٌ لِلْعَقْدِ الذى لَزِمَها بقَوْلِها ، فلم يُقْبَلْ ، كما لو ادَّعَى زَوْجِيَّةَ امْرَأَةٍ ، فأَقَرَّتْ له بذلك ، ثم رَجَعَتْ عن الإقْرَارِ .

---

(٣) فى ب : « جهلها » .

(٤) فى ا ، م : « صدقة » .

(٥) فى ب ، م زيادة : « أمر » .

(٦) سقط من : الأصل ، ب ، م .

فهـرس
الجزء العاشر

الصفحة

الصفحة

الصفحة

الصفحة

الصفحة

الصفحة

الصفحة

الصفحة

الصفحة

الصفحة

الصفحة

الصفحة

الصفحة

الصفحة

الصفحة

الصفحة

الصفحة

الصفحة

الصفحة

الصفحة

الصفحة

الصفحة

الصفحة

الصفحة

الصفحة

الصفحة

الصفحة

الصفحة

الصفحة

الصفحة

الصفحة

الصفحة

الصفحة

الصفحة

الصفحة

الصفحة

الصفحة

الصفحة

الصفحة

الصفحة

الصفحة

الصفحة

الصفحة

الصفحة

الصفحة

الصفحة

الصفحة

الصفحة

الصفحة

الصفحة

الصفحة

الصفحة

الصفحة

الصفحة

الصفحة

آخر الجزء العاشر

ويليه الجزء الحادى عشر ، وأوله :

كتاب الإيلاء

والْحَمْدُ لِلهِ حَقَّ حَمْدِهِ